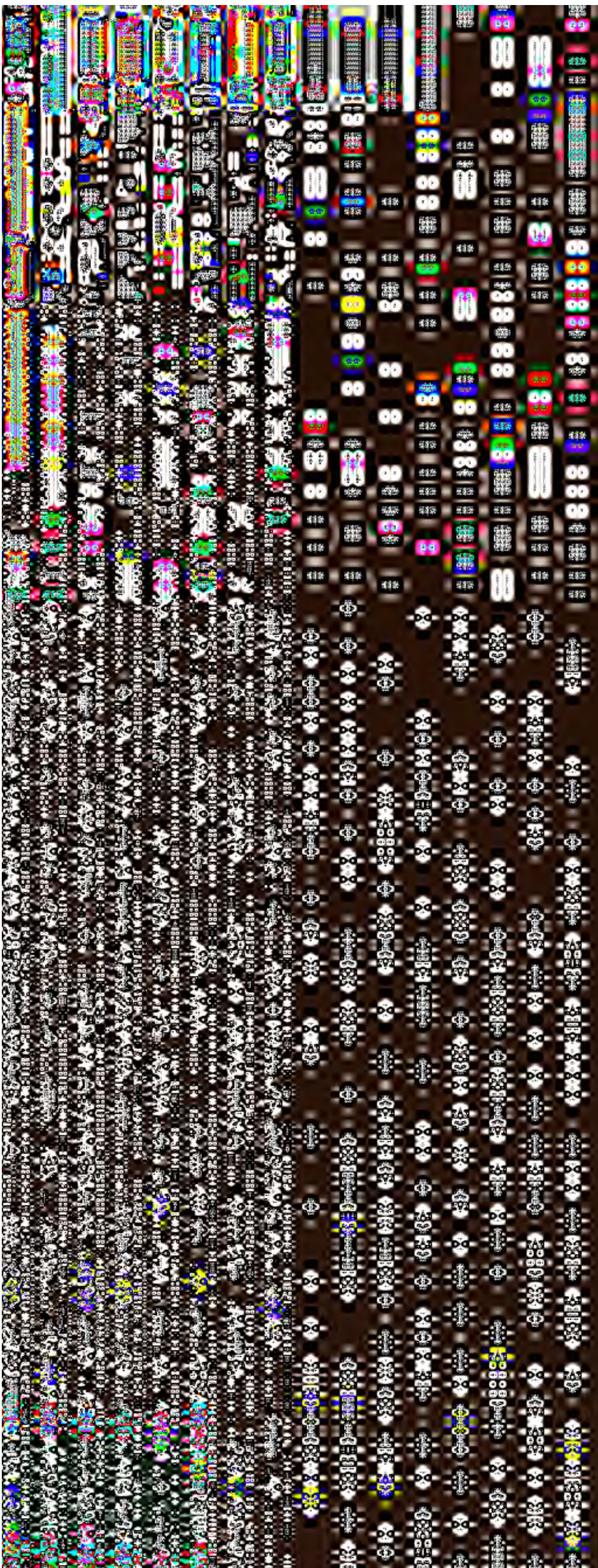


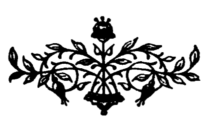
Austria

Juristische Abhandlungen.

Von

Professor J. Makarewicz
an der Universität Krakau.

I.



LEIPZIG UND WIEN.
FRANZ DEUTICKE.
1907.

Verlags-Nr. 1326.

K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

Die in diesem Bande enthaltenen Abhandlungen sind während des Dezenniums 1897—1907 in Fachzeitschriften erschienen.

Da sie auf wohlwollende Aufnahme gestoßen, und an Aktualität kaum etwas eingebüßt haben, erlaube mir dieselben im Sammelbande wieder vorzulegen.

INHALT.

I.

Rechtsphilosophie und Methodologie.

---

1. Das richtige Recht.

§ 1. Das im Jahre 1902 veröffentlichte Werk Stammlers gehört zu der Kategorie derjenigen Schöpfungen menschlichen Geistes, deren Wert nicht sofort beurteilt werden kann. Man ist nach ihrer Lektüre wie nach einem luxuriös aufgeführten und vorzüglich gespielten Schauspiel geblendet, — im ersten Moment behält man nur einen einzigen Eindruck: die Darstellung war großartig, das Werk ist genial angelegt — man braucht aber Zeit und Muße dazu, um zu sich zu kommen, kalt und kritisch den intellektuellen Teil zu analysieren.

Die Grundlinien des Stammlerschen Ideenganges müssen bei dem Leser als bekannt vorausgesetzt werden, wir werden auf dieselben zurückkommen, nur insoweit dies zum Verständnis des Nachfolgenden unbedingt notwendig sein wird.

Die Kritik des durch Stammler aufgestellten Systems muß eine ganze Reihe von Fragen umfassen, welche nacheinander zu behandeln sind.

Diese Fragen sind folgende:

1. Ist das „richtige Recht" eine Wissenschaft?
2. Hat es für die Rechtsphilosophie eine Bedeutung, beziehungsweise welche? Ist das ihm zugrunde liegende rechtsphilosophische System als das Naturrecht alten Stils aufzufassen?
3. Sind die Ausgangspunkte des Gedankenganges entsprechend begründet?
4. Haben sich während der Durchführung des Systems keine Fehler und Widersprüche eingeschlichen?

Erster Abschnitt.

Die Lehre von dem richtigen Recht — eine Wissenschaft?

§ 2. Unter „Wissenschaft" verstehen wir eine „systematische Erkenntnis gleichartiger Erkenntnisobjekte",[1]) also eine Synthese, welche objektiv zu dem Zwecke gebildet wird, um irgend eine in das betreffende Gebiet fallende Erscheinung besser zu verstehen: die Möglichkeit der unmittelbaren praktischen Anwendung einer aus der These sich ergebenden Folgerung fällt nicht ins Gewicht. Daraus ergibt sich, daß nicht eine jede Verallgemeinerung — eine Wissenschaft bildet, weil nicht eine jede Verallgemeinerung eine zum Verständnis von Erscheinungen führende Synthese bildet; wenn man also einer sonst systematischen Konstruktion von Prinzipien des Verfahrens begegnet, so heißt sie trotzdem keine Wissenschaft, wenn sie noch dabei ausschließlich auf die praktische Anwendung gerichtet ist.

Nun fragen wir: was bildet das Wesen des richtigen Rechtes? Auf diese Frage finden wir eine fertige Antwort im Buche: „Richtiges Recht ist dasjenige Recht, welches in einer besonderen Lage mit dem Grundgedanken des Rechtes überhaupt zusammenstimmt" (S. 15). „Alles gesetzte Recht ist ein Versuch, richtiges Recht zu sein" (S. 31).

Und wonach trachtet die Lehre von dem richtigen Recht? „Es ist eine allgemein giltige Art und Weise des Urteilens, . . . ie findet Anwendung auf jede Frage, die unter gesetztem Recht steht" (S. 27); „glückt es ihm (dem richtigen Recht) in seiner allgemeinen Giltigkeit, die rechte Methode einer überall zutreffenden Bestimmung zu geben, so wird sich auch die einzelne Anwendung seiner in der juristischen Praxis gesichert und fest durchführen" (S. 44). Selbst für die Politik hat die Lehre des richtigen Rechtes große Bedeutung: „Darum vermögen die Grundsätze des richtigen Rechtes in der politischen Aufgabe des letztgenannten Sinnes die Form von Anweisungen anzunehmen . . ." (S. 300).

Die Lehre von dem richtigen Recht gibt wertvolle Ratschläge dem Gesetzgeber, er soll sich danach richten, um ihnen ent-

---

1) Vgl. Gareis, Rechtsenzyklopädie, II. Aufl., S. 7.

sprechend kodifikatorische Tätigkeit zu entfalten; die Lehre gibt dem Richter wertvolle Weisungen, wie er im Rahmen der geltenden Gesetze seine richterliche Freiheit verwerten soll; die „Lehre" bildet endlich den Ausgangspunkt für den Kritiker, wie er das gegebene gesetzgeberische Produkt beurteilen soll, für alle drei: für den Politiker-Gesetzgeber, für den Richter, und für den Kritiker ist sie behilflich und unentbehrlich.

Wie ist also die Lehre des richtigen Rechtes zu benennen, wohin gehört sie, mit welchen bekannten Arten der geistigen Tätigkeit ist sie zu vergleichen? Meines Erachtens besteht diese Lehre, was aus dem Obangeführten sich deutlich zu ergeben scheint, aus drei Teilen: sie ist 1. eine Rechtspolitik, 2. eine Methode der Anwendung von Gesetzen, 3. eine Methode der Kritik Haben wir in diesen drei Fällen mit einer Wissenschaft zu tun? Ich glaube, diese Frage verneinen zu dürfen, es handelt sich hier doch nicht um eine systematische Erkenntnis oder um eine wissenschaftliche Synthese der Erscheinungen aus dem Gebiete des Rechtes. Diese Erscheinungen als solche werden überhaupt nur selten berücksichtigt, sie dienen nur als Paradigmen bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze des richtigen Rechtes.

Was macht das Gemeinsame dieser oberwähnten drei Richtungen der Lehre aus? Es ist die praktische Anwendung, die Regeln des Verfahrens für: 1. den Gesetzgeber, 2. den Richter, 3. den Kritiker.

Wenn die Lehre von dem richtigen Recht keine Wissenschaft ist, was ist sie denn? Meines Erachtens ist sie als eine Kunst zu betrachten, analog den bildenden Künsten — es gibt doch auch auf diesem Gebiete gewisse Grundsätze, und ein Ideal (die Schönheit), man kann sogar eine Synthese aufstellen und systematisch bearbeiten, auch mit Bezug auf die Kunst darf man von Ratschlägen für den Schöpfer und von Grundsätzen für den Kritiker sprechen.

Es könnte scheinen, daß Stammler selbst die Rolle seines Werkes gut verstanden, da er für dasselbe die Benennung: die Lehre v. d. r. R. gewählt hat. Trotzdem würden wir fehlgehen, wenn wir diese Folgerung aufrecht halten wollten; in der Einleitung (bei der Gelegenheit der Polemik wider die juristische Prinzipienlehre als eine rein technische Rechtslehre) bringt

Stammler die Behauptung zum Ausdruck, seine Lehre bilde eine theoretische Rechtslehre, gehöre zur „reinen Wissenschaft"! Wie begründet Stammler diese Behauptung? Ganz einfach — er bedient sich einer ganz individuellen Definition der Wissenschaft — „denn Wissenschaft ist jedes Bewußtsein, das auf Einheit geht und in der Umformung zu ihr sich vollendet. Durch das Streben nach Einheit scheidet sie sich von bloßer Kunde. Sie wird reine Wissenschaft heißen oder Theorie im besseren Sinne des Wortes, wenn die in das Auge gefaßte Einheit unbedingt ist und die Idee einer stofflich befreiten Vollkommenheit darstellt" (S. 5).

Es ist klar, worin das Individuelle der Stammlerschen Begriffsbestimmung besteht; das Wesentliche ist nach seiner Auffassung die Synthese, eine jede Synthese sei Wissenschaft, je allgemeiner und abstrakter sie ist, eine desto reinere Wissenschaft bilde sie. Anderseits sei jede Theorie mit der Wissenschaft identisch — reine Wissenschaft sei Theorie im besseren Sinne des Wortes.

Es gibt doch Theorien des Brückenbaues, der Aufstellung von Türmen usw. — und trotzdem bleibt die Baukunst eine Kunst und wird nie eine Wissenschaft sein. Eine Theorie ist doch die Tätigkeit des menschlichen Geistes, darauf gerichtet, um einen von den Einzelheiten abstrahierenden Grundsatz zu bilden, diese Tätigkeit kann sowohl auf die Wissenschaft (scientia), wie auf die Kunst (ars) Bezug haben.

Stammlers Lehre von dem richtigen Recht ist zweifelsohne als eine Synthese von Grundsätzen und eine Theorie (der Bildung und der Anwendung der Rechtssätze) aufzufassen — eine Wissenschaft ist sie absolut nicht!

§ 3. Es kann der Umstand nicht verschwiegen werden, daß Stammler nicht nur durch ausdrückliche Einreihung seiner Theorie in die Gruppe der „wissenschaftlichen", sondern auch auf andere Weise seinem Wunsche, dieselbe als Wissenschaft behandelt zu sehen, entsprechenden Ausdruck gegeben hat. Stammler trachtet das Buch „von dem richtigen Recht" in eine enge Verbindung mit seinem bekannten Werk: „Recht und Wirtschaft" zu setzen — um dadurch ein rechtsphilosophisches Ganzes zu bilden. Anderseits werden in dem Buche „von dem richtigen Recht" auch

rein philosophische Fragen erörtert, wie „die drei Fragen der Rechtsphilosophie" (wobei erwähnt wird, daß das Naturrecht dieselben unrichtig behandelt hat), es wird an die Geltung und die Existenz eines Naturrechtes erinnert, wenn auch eines Naturrechtes mit wechselndem Inhalt, es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß dasselbe die Rolle eines idealen Vorbildes spielen soll. Im Abschlusse des Buches wird auch die Frage nach der Bedeutung des richtigen Rechtes in dem Ganzen der Weltweisheit aufgeworfen. Stammler behandelt den Beruf des richtigen Rechtes mit Bezug auf die soziale Systematik, auf die gesellschaftliche Entwicklungslehre und die Weltanschauung.

Von der prinzipiellen Stellungnahme Stammlers der Rechtsphilosophie gegenüber wollen wir unten (im zweiten Abschnitte) sprechen, wir wollen vorläufig nur den „Beruf des richtigen Rechtes" und seine Bedeutung für die Weltweisheit näher ins Auge fassen.

Stammler stellt hier folgende drei Thesen auf:

1. Das richtige Recht ist die Bedingung für ein gutes Gemeinschaftsleben (S. 605).
2. Die gesellschaftliche Entwicklungslehre ist die Auffassung der sozialen Geschichte als Fortschreitens der Menschheit zum Besseren, zum Richtigen (S. 617).
3. Die Weltanschauung (die Idee einer letzten, allumfassenden Einheit, S. 624) ist nur dann richtig, wenn sie eine Fortführung des Lehrbegriffes der Richtigkeit ist (S. 625).

Ohne in die Einzelheiten der Begründung oberwähnter Thesen einzugehen, begnügen wir uns damit, festzustellen, daß dieselben soziale Metaphysik, Hystoriosophie und Pantheismus (Orthosophie genannt) enthalten. Die Thesen und ihre Begründung könnten den Anspruch erheben, als Philosophie und Wissenschaft betrachtet zu werden, da sie keine Grundsätze des Verfahrens enthalten, dafür aber eine Verallgemeinerung des Wissens bilden.

Da dieselben im Anhang des Buches veröffentlicht worden und, was den Umfang der Darstellung anbelangt, recht spärlich sind, so verdienen diese Ausführungen, nicht als das Wesentliche des Systems aufgefaßt zu werden, drücken auch dem Buche keineswegs das charakteristische Gepräge auf.

Zweiter Abschnitt.

Die Bedeutung des Stammlerschen Systems für die Rechtsphilosophie.

§ 4. Stammler verwahrt sich prinzipiell dagegen, als ob er die strittigen Fragen der Begriffsbestimmung des Rechtes berühren wollte (S. 21). Trotzdem ist er gezwungen (bei Gelegenheit der Klarstellung des Verhältnisses des richtigen Rechtes zum Naturrecht) die drei Fragen der Rechtsphilosophie zu erwähnen (S. 111 ff.) und aus diesem Anlasse seine Ansichten über dieselben, wenn auch nur vorübergehend, auszusprechen. Es sind Ansichten, welche vollkommen zu billigen sind (sonst bekannt aus dem Buche: Recht und Wirtschaft) — die rechtliche Regelung sei eine Unterart der sozialen Regelung überhaupt, das Recht sei eine inhaltlose Form und verlange den Zwang zu seiner Realisierung.

Das wäre alles, was auf Grund des Buches vom richtigen Recht, vom Stammlerschen rechtsphilosophischen System, hervorzuheben wäre.

Dafür ist das Verhältnis der Ethik zum Recht eingehend erörtert und verlangt, grundsätzlich beurteilt zu werden.

Die Grundsätze des ethischen Verhaltens sind (nach Stammler) nichts anderes, als die Grundsätze des richtigen Rechtes mit dem Zusatze der guten Gesinnung. „Das rechtlich Richtige gut wollen", ist die Formel des Ethos (vgl. S. 70). Näher betrachtet ist dieses Verhältnis folgendes: Die rechtliche Ordnung hat mit der Regelung des Verhaltens zu tun, während die sittliche Lehre auf eine Vervollkommnung der Gesinnung abzielt (S. 52), ein Mensch, der zwar nach den Grundsätzen des richtigen Rechtes handelt, dessen Triebfeder jedoch verwerflich ist (wenn auch niemandem bekannt) — handelt unsittlich.

Die Begriffsbestimmung der Ethik lassen wir vorläufig außer acht, es muß jedoch die Frage aufgeworfen werden: woher sind die Grundsätze des Verfahrens und des Verhaltens in jenen Fällen zu nehmen, in welchen das Recht schweigt, nämlich in der Sphäre außerhalb des Rechtes? Auf diese Frage hat Stammler eine fertige Antwort: aus dem richtigen Recht — und dieses Prinzip soll selbst dort seine Geltung bewahren, wo das geltende Recht

etwas anderes, sogar das Entgegengesetzte vorschreibt (Kollision des geltenden Rechtes mit der Ethik).

Dagegen läßt sich folgendes einwenden:

Die Regeln des Verhaltens müssen unseres Erachtens genau präzisiert sein, wenn es sich auch bloß um jenes Verhalten handeln sollte, das man vom Standpunkte der Ethik zu beurteilen pflegt: auch hier kann für das Individuum die Denkform der „Sondergemeinschaft" ebensowenig ausreichen, wie die Anwendung der vier Grundsätze des richtigen Rechtes, welche an das evangelische Gebot: „Liebe deinen Nächsten wie dich selbst", stark erinnern.

Im Bereiche der durch das geltende Recht geregelten Rechtsverhältnisse könnte die oberwähnte allgemeine Formel ausreichen, da das richtige Recht nur die Lücken in dem Gesetze ausfüllen, strittige Fragen entscheiden soll; sie könnte auch als genügende Bussole dem Gesetzgeber dienen; wo es aber darauf ankommt, in einer ganzen Reihe von Lebensverhältnissen, die außerhalb des Rechtes sich befinden, Regeln des Verhaltens aufzustellen, dort, wo verschiedenartige ethische Pflichten zu begründen sind, kann diese Panacee auch einen realen Wert besitzen?

Ein anderes Bedenken: Es ist ja sonst für die Ethik wesentlich, daß sie nicht das gegenseitige Verhältnis zweier Individuen zu regeln hat, sondern das Verhältnis des Einzelwesens zur Gemeinschaft.[1]) Wie kann man also ethische Fragen nach der Formel der Sondergemeinschaft lösen, in welche man „in Gedanken die Streitteile verbringt" (S. 284).

Ziehen wir die durch Stammler angeführten Beispiele der unsittlichen Handlung in Betrachtung: die private Unzucht ist nach seinem Dafürhalten eine inhaltlich unrichtige Einrichtung (S. 259), — infolgedessen muß sie jedenfalls als unsittlich gelten.

Wie ist diese sonst richtige Behauptung mit der Formel der Sondergemeinschaft zu erklären? Bilden zwei Personen, die miteinander außerehelichen Beischlaf pflegen, eine Sondergemeinschaft, die einen gemeinsamen Zweck verfolgt? Auf die Bejahung dieser Frage könnte man eingehen: diesen Zweck bildet die Befriedigung des Sexualtriebes. Gesetzt den Fall, daß eine Gemeinsamkeit des

---

[1]) Vgl. Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, I, 173 ff.; insbesondere S. 182.

Zweckes stattfindet, — fragen wir: Warum nennen wir die Handlungsweise beider Teilnehmer unsittlich, welchen Grundsatz des richtigen Rechtes verletzen sie? vielleicht den Grundsatz des Achtens? absolut nicht! es fällt der Inhalt eines Wollens, nicht der Willkür eines anderen anheim, der Verpflichtete (?) kann sich noch der Nächste sein (S. 208); vielleicht verletzen sie den Grundsatz des Teilnehmens? auch nicht! es wird doch der rechtlich Verbundene nach Willkür von der Gemeinschaft nicht ausgeschlossen, auf den Fall der Ausschließung kann der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein (S. 211).

Trotzdem bleibt die private Unzucht unsittlich! Die Formel der Sondergemeinschaft läßt uns im Stich.

Es erübrigt noch die prinzipielle Frage: die Begriffsbestimmung der ethischen Handlung. Das Wesen des Sittlichen bildet (nach Stammler) die gute Gesinnung, — es reicht nicht aus, den Vorschriften der Moralität zu folgen, man braucht noch die gute Gesinnung, gute, edle Triebfedern, um sittlich zu handeln. Was für Triebfedern gelten als gut? Wahrscheinlich sind sie nach der Formel der Sondergemeinschaft zu beurteilen.

Die Tat des barmherzigen Samariters (S. 58), welcher um äußerer Erwägungen willen gehandelt hat, gilt als unsittlich, wahrscheinlich deswegen, weil er als Teilnehmer einer Sondergemeinschaft vorzugsweise an sich gedacht hat, nicht an das Wohl des anderen Teilnehmers.

Eine Ethik, welche auf diese Weise aufgefaßt wird, welche die Regeln des Verhaltens zugunsten des richtigen Rechtes, also einer anderen Disziplin verschiebt und für sich nur die psychische Seite, die Gesinnung vorbehält, entspricht nicht der täglichen Beobachtung, den Tatsachen. Den Urteilssprüchen: „Dies ist sittlich, das andere ist unsittlich", begegnet man tagtäglich. Wir müssen mit ihnen rechnen, — wie mit einem Stoff für die Moralwissenschaft ebensogut, wie Stammler mit dem geltenden Gesetz rechnet. Diese sittliche Wertschätzung kann ebensowenig zutreffend sein, wie das geltende Recht, — sie entscheidet jedoch über den Charakter der betreffenden Wissenschaft, als solcher. Das kühnste, philosophische System darf das Recht nicht derjenigen charakteristischen Merkmale berauben, die wir im täglichen Leben beobachten — um nicht der Gefahr des Vorwurfes entgegenzugehen:

der Verfasser behandle ein anderes Thema als das Recht; so darf man auch die täglichen Erscheinungen aus dem Gebiete der Ethik nicht willkürlich außer acht lassen, ohne das Problem zu ändern.[1])

Ich will nicht leugnen, daß die religiöse Ethik, insbesondere die Ethik der hochkulturellen Religionen (z. B. die christliche) mit Nachdruck das Element des Subjektivismus hervorhebt. (Es reicht aus, an das Scherflein der armen Witwe zu erinnern, an das jüngste Gericht, bei welchem der Lohn und die Strafe je nach der Gesinnung ausgemessen wird.) Schließt jedoch die Existenz einer solchen religiösen Ethik die gleichzeitige Existenz andersartiger ethischen Wertschätzung (sowohl im zeitgenössischen Leben, wie bei den Urvölkern) aus?

Man darf die Evolution der ethischen Ideen nicht vergessen; man darf nicht vergessen, daß der Subjektivismus in der Ethik eine dem Subjektivismus im Recht analoge Erscheinung bildet. Es deckt sich doch im Anfange der Kultur der Begriff der Ursache mit dem der Schuld, und dies gilt sowohl im Bereiche des Privat- wie des Strafrechtes, erst die allmähliche Entwicklung der Gesellschaft verhilft dem Subjektivismus zum Siege (dieser Sieg ist selbst im zeitgenössischen Recht der Kulturvölker nicht vollständig).

Denselben Weg hat auch die Ethik durchzumachen. Die primitive Ethik spricht: „handle deiner Pflicht gemäß", die Ethik der Kulturvölker befiehlt: „handle deiner Pflicht gemäß aus innerer Überzeugung, nicht um des Vorteiles willen". Es folgt daraus, daß der Subjektivismus weder auf dem Gebiete des Rechtes, noch auf dem der Ethik ein essentiale negotii ausmacht, er entscheidet bloß über den Fortschritt ebensogut, wie die ästhetische Auffassung der Sittlichkeit (im Sinne Herbarts) von einer ungewöhnlichen Höhe der Kultur Zeugnis ablegt.

Es folgt daraus weiter, daß eine Lehre, welche prinzipiell den Subjektivismus als den wesentlichen Teil der Sittlichkeit auffaßt, welche das Sittliche mit der guten Gesinnung identifiziert, welche keine eigenen Regeln des Verhaltens umfaßt, sondern dieselben aus einer anderen Lehre schöpft, welche bloß auf die psychische

[1]) Bezüglich der Methode der positiv-wissenschaftlichen Ethik vgl. Dr. Jacques Stern, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, 1904, S. 27, und die ethischen Studien Wilhelm Sterns, auch Jellinek, Die sozialethische Bedeutung, S. 15 ff.

Seite des menschlichen Handelns ihre Aufmerksamkeit richtet — keine Lehre von der Sittlichkeit, von der Moralität, keine Moralwissenschaft ist.[1])

(Es ist zu bemerken, daß in dieser Beziehung die Stammlersche Theorie deutliche Spuren des Einflusses der Philosophie Kants aufweist).[2])

§ 5. Sehr interessant ist das Verhältnis Stammlers zum Naturrecht. Als Prinzip gilt die Behauptung: „Es gibt keinen einzigen Rechtssatz, der seinem positiven Inhalte nach a priori feststände" (S. 117), selbst die Maxime: suum cuique tribuere bilde keinen solchen Rechtssatz.

Es könnte scheinen, daß Stammler ein rücksichtsloser Feind des alten Naturrechtes und dessen idealer Rechtsvorschriften ist, daß das richtige Recht wirklich bloß eine „Methode" ausmacht, eine sehr allgemeine Methode zum Aufsuchen dessen, was unter gegebenen Umständen einzig und allein richtig ist. Stammler hebt es ja mit Nachdruck hervor, daß diese Methode allen Rechtszuständen angepaßt werden kann.

Wenn wir diese „Methode" und ihre Resultate näher betrachten, so erweist es sich, daß die Verwandtschaft mit dem alten Naturrecht nicht allzusehr entfernt ist.

Nehmen wir z. B. die Einzelfragen: die Postulate der Politik (S. 299 ff.), welche die Grundsätze des richtigen Rechtes enthalten; unter anderen begegnen wir dem Postulat der Persönlichkeit: „Die Verpflichtungen der Rechtsunterstellten sind in einer Weise zu bestimmen, daß der Gedanke eines gemeinsamen Kämpfens

---

[1]) Vgl. Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechtes, S. 358 ff.

[2]) Vgl. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797. VI: Diese Gesetze der Freyheit heißen zum Unterschiede von Naturgesetzen moralisch. Sofern sie nur auf bloße äußere Handlungen und deren Gesetzmäßigkeit gehen, heißen sie juridisch; fordern sie aber auch, daß sie (die Gesetze) selbst die Bestimmungsgründe der Handlungen seyn sollten, so sind sie ethisch und alsdann sagt man: die Übereinstimmung mit den ersteren ist die Legalität, die mit den zweyten die Moralität der Handlung.

Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität; diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität derselben. Vgl. auch XXIV, XXVI, XXVIII.

wirksam ist; es muß jeder auch Selbstzweck bleiben" (S. 301). Aus diesem Postulat folgt, daß eine gesellschaftliche Organisation, welche die Sklaverei als rechtliche Einrichtung enthält, dem richtigen Recht nicht entspricht. Stammler spricht auch diese These einige Male ausdrücklich aus: Die Sklaverei (deren Wesen in dem Eigentumsrechte an dem Menschen liegt) (S. 232) gehört zu den sozialen Anordnungen, die ihrem Begriffe nach der Klasse der Rechtsnormen zugeteilt werden und doch ihrem Inhalte nach etwas Unrichtiges enthalten (S. 115), in den deutschen Schutzgebieten besteht sie als bewußt unrichtiges Recht (S. 269). Bei dem Rechtsverhältnis der Sklaverei entfällt der Gedanke einer Sondergemeinschaft, in der ein jeder den anderen auch als Selbstzweck achten soll (S. 422).

Kurz und gut: die Sklaverei ist vom Standpunkt des richtigen Rechtes verpönt.

Ähnlich ergeben sich aus dem Postulat des Maßes positive Folgerungen: „Die dem einzelnen von Rechts wegen eingeräumte Verfügungsgewalt ist nach oben wie nach unten hin in bedingten Schranken zu halten." Es werden zwar keine Beispiele der Anwendung zitiert, es ist jedoch leicht, dieselben aufzustellen: die Despotie als eine Regierungsform, das jus vitae ac necis des Hausvaters, das Eigentum im römischen Sinne als jus utendi et abutendi, das wären wohl Fälle, in welchen unrichtiges Recht vorliegt.

Es werden auch einige Beispiele des unrichtigen Rechtes ganz unumwunden erwähnt: die Vielweiberei, die Witwenverbrennung, die Aussetzung schwächlicher Kinder (S. 115), Duldung der privaten Unzucht und der Prostitution, die grausame Abschreckung im Kriege durch Einäscherung von Dörfern, Einrichtung der Staatslotterien (S. 269) usw.

Es läßt sich auf Grund des oberwähnten eine Synthese bilden: es leuchtet in die Augen, daß zwar das Ideal des richtigen Rechtes ein abstraktes ist, zwar besteht es in einer allgemeinen Methode, es ergibt sich jedoch, wenn wir dieselbe an einer Reihe von Institutionen anwenden, daß gewisse Rechtsbildungen bestehen, welche absolut und unbedingt unrichtig sind; wo wir nur dieselben vorfinden, müssen wir immer dieselben verdammen; es gibt nirgends eine solche staatliche Organisation, in welcher sie als richtiges Recht gelten könnten.

Ist also das richtige Recht ein „Naturrecht mit wechselndem Inhalt?" (bekanntlich versteht Stammler unter Naturrecht mit wechselndem Inhalt solche Entwürfe de lege ferenda, welche unter empirisch bedingten Verhältnissen das theoretisch richtige Recht enthalten). Ich glaube kaum, diese Frage bejahen zu dürfen.

Das richtige Recht, welches eine ganze Reihe von Rechtsbildungen als unbedingt unrichtig brandmarkt, verdient den Namen eines negativen Naturrechtes. Wenn das alte Naturrecht sein positives Ideal besitzt, beinahe sein Gesetzbuch und alles, was demselben nicht entspricht, ein Nicht-Recht oder geradezu ein Unrecht ist, so ist Stammler vorsichtiger: als moderner Romanist, der die Errungenschaften der historischen Schule kennt, versteht er, daß das Recht einer Evolution unterliegt, daß es also unmöglich ist, eine unwandelbare Form aufzustellen; er läßt eine gewisse Freiheit für den Gesetzgeber, aber nur bis zu einem gewissen Punkte, bei welchem das nicht richtige Recht liegt — das absolut unrichtige Recht. Bei diesem Punkte geschieht die Auferstehung des alten Naturrechtes im modernen Gewand.

Es besteht noch ein anderer Unterschied zwischen dem richtigen Recht und dem Naturrecht; das letztere war geneigt, die demselben widersprechenden Rechtsbildungen unbedingt als Unrecht zu verdammen und die Gesellschaft zur Auflehnung gegen dieselben aufzureizen; Stammler geht nicht so weit, er beschränkt sich auf die Feststellung, daß eine Rechtsbildung unrichtiges Recht ist, und damit fertig, manchmal bekennt er, daß der gegebene Zustand sogar nicht zu ändern ist.

Das richtige Recht ist also zusammengefaßt: ein auf Negation und Theorie beschränktes, reduziertes Vernunftrecht unserer Vorfahren.

Dritter Abschnitt.

Die Ausgangspunkte des Systems.

§ 6. Einem jeden philosophischen System, also auch einem jeden rechtsphilosophischen System liegt ein prinzipieller Gedanke zugrunde, eine Idee, welche die Franzosen idée-mère benennen; auf diesem Gedanken basiert das große Gebäude der Einzelheiten. Eine solche Idee ist mehr oder weniger eine Hypothese und bildet eine individuelle Ansicht des Verfassers: sei es das griechische

πάντα ῥεῖ, der Aristotelische Ausspruch: *ζῶον πολιτικόν,* oder Hobbes' homo homini lupus, oder Rousseaus contrat social, oder der moderne Gedanke der Evolution, all dies bildet bloß den Ausgangspunkt eines Systems; die Berührung mit der Welt empirischer Erscheinungen, die Bearbeitung der betreffenden Phänomene weist eine größere oder kleinere Richtigkeit des Grundsatzes auf, führt zum Siege des Systems oder zu seiner Niederlage. Selbst die Naturwissenschaften verachten die Hypothese bei theoretischer Begründung nicht: die Akustik, die Wärme- und Lichttheorie basieren auf der Hypothese der Wellenbewegung.

Die Sozialwissenschaften, welche mehr als andere deduktiven Charakter aufweisen, müssen sich auf dieselbe Methode stützen. Diese Methode ist desto weniger zu verdammen, als eine folgerichtige Induktion entschieden ausgeschlossen ist, ein empirischer Beweis ist ja nicht möglich; die Kritik muß nur eine solche Hypothese oder einen solchen Ausgangspunkt als unzulässig und nicht zutreffend bezeichnen, welche widerspruchsvoll sind: will man eine These aufstellen, welche zur theoretischen Bearbeitung täglicher Erscheinungen dienen soll — so darf sie nicht der täglichen Beobachtung diametral zuwiderlaufen; will man sich auf die Geschichte stützen, so darf man keine geschichtliche Unwahrheit als Grundlage des Systems behandeln. Wenn z. B. Rousseau die Theorie des gesellschaftlichen Vertrages als eine geschichtlich erwiesene Tatsache betrachtet, so ist zu antworten: der Ausgangspunkt ist falsch und widerspricht der Geschichte: die Gesellschaft entsteht gewöhnlich im Wege der freien Vereinbarung nicht. Wenn wiederum jemand anderer danach trachtet, mathematische Formeln in die Sozialwissenschaften einzuführen, so betrachten wir a priori eine solche soziale Theorie als unrichtig, weil ihr eine Analogie von zwei Disziplinen zugrunde liegt, welche miteinander nichts Gemeinsames haben.

Was bildet die idée-mère der Lehre von dem richtigen Rechte?

Dieser Ausgangspunkt der Stammlerschen Theorie heißt kurz: die Sondergemeinschaft, — um ihn zu beurteilen, reicht es aus, den grundsätzlichen Ideengang wörtlich anzuführen: „Das Material des Zweifels und des Streites wird durch Bewegungen des sozialen Lebens geliefert. In allen Fällen unserer Aufgabe handelt es sich aber um richtiges Verhalten von bestimmten Per-

sonen, die in verschiedenem Wollen einander gegenüberstehen. Diese jetzt Streitenden und Zweifelnden hat man zunächst in Gedanken in eine Gemeinschaft zu setzen, in welche jeder sein umstrittenes Wollen einzubringen hat, auf daß in objektiver Richtlinie die Auseinandersetzung erfolgen könne" (S. 281). „Die Streitfrage ist in ihrer Besonderheit schon mit festem Widerstreiten beider Teile erschöpfend aufgeworfen" (300).

Der grundsätzliche Gedanke besteht in der Verbindung von Einzelwesen, welche sich im Streite befinden — in eine Gemeinschaft, wobei dieses Element, welches für diese Einzelwesen den sozialen Kitt darstellen soll — eben der Streit ist. Das Wesentliche dieser sozialen Gruppe ist der Streit. Es ist möglich, daß diese Individuen zufällig durch andere Bande, durch die Verwandtschaft gebunden sind, dies ist jedoch nebensächlich, wesentlich ist die Vereinigung durch den Streit.

Diese Voraussetzung ist meines Erachtens methodisch falsch. Trotz aller Verwahrung, daß eine solche fiktive Gruppe bloß eine Denkform ist, bleibt ihre Bildung dort, wo die Individuen nichts Gemeinsames haben und sie durch den Streit zu Widersachern werden, eine logische Verirrung.

Es ist hier der Erkenntnisfehler der ganzen Theorie eingehend zu behandeln.

Stammler hat das Bedürfnis nach einer höheren Einheit empfunden, welche über den streitenden Teilen steht, nach einer Einheit, welche für beide Parteien wohlwollend ihren Interessen Rechnung tragen will; — solche Einheiten existieren in der Wirklichkeit und entfalten ihre Tätigkeit, sie sind einerseits keine bloße Denkform, anderseits bestehen sie nicht ausschließlich aus streitenden Widersachern, welche im gegebenen Fall zu allem anderen geneigt sind, nur nicht zur Anerkennung einer Gemeinschaft mit dem feindlich gesinnten Gegner.

Wenn bei einem Urvolke oder in einem schlecht organisierten Staate die Blutrache als die Reaktion auf irgend eine Verletzung moralischer oder materieller Natur anerkannt wird, wenn die blinde leidenschaftliche Rachsucht zu gegenseitiger Vertilgung und Ausrottung ganzer Familien führt, wenn infolgedessen Schaden erwächst, der in keinem Verhältnis zur ursprünglichen Beeinträchtigung steht, so geschieht dies deswegen, weil diese höhere Einheit fehlt,

welche im Interesse beider Teile einschreiten wollte: eine bloße Denkform, eine fiktive Sondergemeinschaft würde hier nicht viel helfen. Dort, wo diese höhere Einheit vorhanden ist, besteht sie nicht ausschließlich aus streitenden Teilen: im Gegenteil, sie interveniert vorzugsweise im eigenen Interesse, um den Streit zu schlichten, der die Widersacher als Mitglieder einer größeren Gesamtheit schwächen könnte.

Das Bedürfnis nach dieser höheren Einheit — empfindet Stammler instinktiv: das ist der psychologische Ursprung seiner Sondergemeinschaft; dafür aber ist seine Konstruktion der sozialen Gruppe, die aus Streitenden besteht — ein lucus a non lucendo — ein logischer Widerspruch, eine contradictio in adjecto.

In allen Fällen, in welchen Stammler glaubt, daß zur Lösung der Frage seine Theorie den Schlüssel geliefert hat, geschieht zweierlei: entweder besteht eine wirkliche, reale, kleinere Gesamtheit, welcher beide Teile angehören und welche denselben im Interesse eigener Erhaltung gewisse Normen diktiert (z. B. streitende Gesellschafter), oder es entscheidet die Rücksicht auf ein großes Ganzes, dessen Mitglieder neben vielen anderen auch die Streitenden sind.

Selbst internationale Konflikte werden heutzutage anders behandelt, als bei den Urvölkern, — der Krieg kann nur dort rücksichtslos geführt werden, wo keine höhere Einheit besteht, welche gewisse Normen der Kriegsführung aufstellen könnte, wo keine internationalen Konventionen wenigstens teilweise die Feindseligkeiten einzuschränken trachten.

Als Ausgangspunkt dieser Normen sind nicht die streitenden Teile zu betrachten, sondern eine Reihe von Staaten, welche, ohne auf die individuell bezeichneten Kriegführenden Rücksicht zu nehmen, im allgemeinmenschlichen Interesse gewisse Rechtssätze vereinbart haben. Soll wiederum ein Staat seine politische Selbständigkeit verlieren, so kommt die Intervention anderer nicht unmittelbar Interessierten zum Vorschein: man geht über die Interessen des auflösenden und des aufzulösenden Staates zur Tagesordnung über — andere Motive entscheiden, wenn man auf den Vorschlag eingeht oder ein Veto dagegen erhebt: man bringt die Frage der Unsicherheit fremder Untertanen oder die Gefahr stetiger Unruhen in Erwägung. Keine fiktive Sondergemeinschaft, sondern eine wirk-

liche Gemeinschaft fällt das Urteil, heißt sie ein europäisches Konzert oder ein Bündnis kultureller Staaten, gibt sie den Ausdruck ihrem Willen auf einem Kongreß oder in diplomatischen Noten.

Stammler kritisiert den Begriff der Wechselwirkung als einer Grundlage der Sozialwissenschaften — auf eine scharfsinnige Weise. Er visiert zweifelsohne Simmels[1]) Begriffsbestimmung der sozialen Gruppe.

Sehr richtig äußert sich Stammler:

„Eine Wechselwirkung findet überall in der Natur statt, ist also ungeeignet, das kategoriale Merkmal speziell der gesellschaftlichen Frage abzugeben. Wollte man dem dadurch abhelfen, daß auf eine Wechselwirkung angespielt würde, welche gewisse Menschen miteinander verbindet, so befindet man sich gerade am Beginne des hier schon zurückgelegten Gedankenganges: Denn nun fragt es sich, unter welcher allgemein giltigen Bedingung eine so gemeinte Verbindung möglich sei; was auf das Moment der äußeren Regel notwendig hinleitet" (S. 233).

Eine scharfe und zutreffende Kritik! Sie läßt sich jedoch auch der Stammlerschen Sondergemeinschaft gegenüber anwenden: bildet ihr Wesen nicht die Wechselwirkung streitender Teile, eine feindselige Wechselwirkung? Es fehlt hier auch jene äußere Regel; der Umstand, daß Stammler erst nachher gewisse Grundsätze anwenden läßt, welche bloß auf die Schlichtung des Streites hinauslaufen, ändert an der Sachlage gar nichts. Im Momente, wo die Gruppe gebildet wird, gibt es nichts als Streit und Kampf, und dies reicht nicht aus, um ein gesellschaftliches Zusammenleben zu begründen.

Vierter Abschnitt.

Konsequenzen und Widersprüche in der Durchführung der grundsätzlichen Idee.

§ 7. Die Folgen der widerspruchsvollen Problemstellung, — der Konstruktion einer Sondergemeinschaft, welche aus streitenden Teilnehmern besteht, die Außerachtlassung der Interessen der Ge-

[1]) Vgl. Über soziale Differenzierung, 13 ff. Le problème de la sociologie. 6. Note.

meinschaft und ausschließliche Berücksichtigung derjenigen der kämpfenden Einzelwesen, haben wir schon oben zur Darstellung gebracht, insoweit dies der Moralität gilt. Der Grundsatz: „Liebe deinen Nächsten", auf welchen der prinzipielle Standpunkt sich reduzieren läßt, hat uns im Stich gelassen — und hat sich als untauglich erwiesen, manche Erscheinungen aus dem Gebiete der Moralität zu erklären — wie z. B. das Unsittliche der privaten Unzucht. Wenden wir uns jetzt den Erscheinungen aus dem Gebiete des Rechtes zu.

Stammler kennt eine Sonderkategorie des Rechtes — „förmliches Recht" (im Gegensatz zum wirklichen Recht). Das Wesen dieses Gebildes besteht darin, daß „das gesetzte Recht bei der Einzeldurchführung im Interesse formalistischer Sicherheit selbst wieder so geartete Schranken aufrichtet, daß dabei die Möglichkeit mit in den Kauf genommen wird, in besonderen Fällen, das von anderen Satzungen des gesetzten Rechtes Gewollte gerade nicht in Wirklichkeit umzusetzen" (S. 262). Es werden zitiert: der öffentliche Glauben des Grundbuches, die Verjährung, die Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses.

In allen diesen Fällen könne das wirkliche Recht leicht zu Schaden kommen (S. 203), das ist ja auch der Grund, warum Stammler das förmliche Recht nur selten angewendet sehen möchte. „Hieraus erhellt, daß das Mittel des förmlichen Rechtes nur unter starken Vorbehalten einem rechten Zwecke brauchbar dienen mag" (S. 268).

Diese Ausführungen sind für Stammler so charakteristisch, wie kaum andere: es wird erkannt, daß gewisse (sonst möglichst zu reduzierende) Einschränkung des Rechtes: eigene, privatrechtliche Ansprüche geltend zu machen, aus Rücksicht auf die sogenannte förmliche Sicherheit angezeigt ist. Es wird jedoch nicht entschieden, wer an dieser Einschränkung das Interesse hat?

Haben die Teilnehmer der Sondergemeinschaft, die streitenden Parteien, das Interesse an der Verjährung, welche mechanisch dezidiert, ob der Streit auf dem gerichtlichen Wege geführt werden darf oder nicht? Haben sie als solche daran das Interesse, daß die Frage des Eigentums an einem Grundstück durch die Intabulation mechanisch präjudiziert wird? Absolut nicht! Die Einschränkungen des „förmlichen Rechtes" sind im allgemeinen Interesse

der Staatsbürger eingeführt, um langdauernde Zivilprozesse zu vermeiden, den unerquicklichen Kampf ums Recht möglichst zu dämmen. Die Gesellschaft, die wirklich bestehende soziale Gruppe (nicht irgend eine Sondergemeinschaft der Streiter) wünscht es, daß die Zivilverhandlungen rasch und endgiltig erledigt werden, daß man den Prozessen vorbeugt oder wenigstens mit denselben schnell fertig wird. Deswegen werden Prinzipien aufgestellt, welche eine zweifelhafte Frage wie mit einem scharfen Messer einen verwickelten Knoten zerschneiden. Jede Diskussion muß aufhören: es ist möglich, daß das Einzelwesen dabei den Kürzeren zieht, ein Einzelwesen nämlich, das seine Interessen vernachlässigt (aber vigilantibus jus scriptum), die Gesellschaft als solche wird eines Streites ledig, der zu lang andauern könnte.

Stammler läßt diese Bewegung und diese Richtung der Entwicklung außer acht, welche das Einzelwesen zugunsten der Gesellschaft opfert, welche sich durch Einschränkung der freien Verfügungsfähigkeit bezüglich des Privateigentums kennzeichnet, welche in der Enteignung zu öffentlichen Zwecken besteht, welche endlich selbst die Dispositionsfähigkeit mit Bezug auf eigene Person vermindert (allgemeine Wehrpflicht), kurz, Stammler verkennt die Existenz jenes Leviathans, den schon Hobbes so zutreffend charakterisiert hat.

Merkwürdig ist es doch, daß Stammler selbst an einer anderen Stelle (vgl. S. 504) die Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechtes (Einl. 57) anführt, welche ihn von der einseitigen Wertung des Rechtes (vom Standpunkte der im Streite befindlichen Parteien) abwenden sollte. Es heißt doch: „Außerdem sind alle dergleichen besonderen Gesetze und Verordnungen so zu erklären, wie sie mit den Vorschriften des gemeinen Rechtes und dem Hauptendzwecke des Staates am nächsten übereinstimmen." Stammler zitiert diese Stelle, um eigene Ausführungen zu bekräftigen. Seines Erachtens bildet den Hauptendzweck des Staates — die Realisierung des richtigen Rechtes!

Nun ist das Bild vollständig: das richtige Recht hat die Kollision der Individualinteressen zur Voraussetzung, es trachtet, einen gewissen modus vivendi zwischen denselben einzuführen, des Staates Aufgabe ist es wiederum, diesem Postulat der Vermittlung zwischen Streitenden zur Verwirklichung zu verhelfen. Die Achse

der staatlichen Struktur bildet also — das Einzelwesen und seine Interessen! Es ist eine rein individualistische Auffassung, welche an den halbverschollenen Liberalismus erinnert. Man hat ja nach den Lehren dieser Schule dem Staate bloß die berüchtigten Nachtwächterdienste vorbehalten.

Einen Beweis, daß Stammler wirklich dem staatlichen Verband ein enges Gebiet der Einhaltung der Ordnung nach außen und nach innen zuerkennt, liefert der Abschnitt: „Einheitswirtschaft und freie Beiträge" (S. 245 ff.). Die Frage, auf welche Weise die Grenzen zu finden sind, bis zu denen die staatliche Gewalt die Freiheit des Einzelnen beschränken dürfe, beantwortet Stammler dahin, daß das Problem bloß vom Standpunkte des richtigen Rechtes und des sozialen Ideals zu lösen ist, wobei ebenso der Zentralisation, wie der Freiheit des Einzelwesens Rechnung zu tragen ist.

„In der Regel wird sich sagen lassen, daß bei den auf Erhaltung und Durchführung einer sozialen Gemeinschaft gerichteten Normen die Zentralisation sich leichter und stärker einstellen wird, als in den Beziehungen, die in dem unmittelbaren Zusammenwirken zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse sich anknüpfen" (S. 249). Daraus folgt für den Staat die Notwendigkeit folgender Aufgaben: bewaffnete Macht gegen Fremde und zwingende Ämter zum Verhüten oder zum Berichtigen des Rechtsbruches, die Verfassung des Staates; der Staat mache auch eine Bildungsgemeinschaft aus.

Dagegen sei angezeigt, die Arbeit der sozialen Wirtschaft zu teilen und dem Einzelnen die ihm gerade passende Tätigkeit frei zu lassen. Dazu kommt noch der unglaubliche Satz: „Ja, es tritt als stärkste Verirrung die Vorstellung von einem Kampfe um das Dasein innerhalb des Rechtsverbandes und unter den Gemeinschaftern als möglich auf (S. 251).

Wenn wir den Kampf ums Dasein innerhalb einer sozialen Gruppe als eine normale Erscheinung ausschließen, so brauchen wir auch selbstverständlich nicht die Hilfe des Staates anzurufen, um vorzubeugen, damit der wirtschaftliche Kampf, das Ringen der wirtschaftlich tätigen, sozialen Kräfte nicht Formen annimmt, welche dem Bestehen des Ganzen nachteilig werden könnten, wir können uns damit begnügen, die prinzipielle Freiheit in der Auswahl und in der Ausübung des Berufes als einen Grundsatz auf-

zustellen, wir könnten ja beinahe begeistert ausrufen: laisser faire, laisser aller!

Stammler nimmt die Möglichkeit an, daß man die Freiheit mißbrauchen könnte, beschränkt sich jedoch auf die Feststellung, daß das Individuum „unrecht tut", weil es dem Vertrauen des Rechtes nicht entspricht, welches annimmt, die Gesellschaftsglieder werden „in richtiger Weise ihren Part liefern".

Ich brauche nicht hervorzuheben, daß die ganze Lehre sich an eine Tatsache verrannt hat, deren Existenz deswegen geleugnet werden muß, weil sonst die gesamte Konstruktion in sich zusammenfallen müßte. Gibt es wirklich keinen Kampf ums Dasein inmitten sozialer Gruppen? Mit der Beantwortung dieser Frage bleibt aufrecht oder fällt die ganze Lehre von dem richtigen Recht — wenigstens auf dem Gebiete ihrer Sonderanwendung zur Aufklärung des öffentlichen Rechtes und der Sozialpolitik.

§ 8. Für die Strafrechtswissenschaft hat eine speziale Frage besondere Bedeutung, nämlich das Verhältnis des richtigen Rechtes zu der Gnade.

Ein charakteristisches Merkmal der Stammlerschen Methode ist eine ausgeprägte Neigung zur Synthese, es werden mit großer Vorliebe die verschiedenartigsten Erscheinungen zum gemeinschaftlichen Nenner gebracht. Wir haben schon oben gesehen, daß die Moralität ihrem Wesen nach mit dem richtigen Recht identisch sein soll, sie wird bloß durch die Zutat der guten Gesinnung bei der Befolgung seiner Normen charakterisiert — es gibt jedoch prinzipiell keine selbständigen, sittlichen Normen, welche abgesondert eigenes Leben haben könnten.

Derselben Tendenz zur Vereinfachung und zur Synthese begegnen wir bezüglich der Gnade. Die Gnade sei bloß eine Realisierung des richtigen Rechtes, wobei kein Rechtszwang, bloß der Zwang der sittlichen Pflicht besteht. „Das Institut der Begnadigung wird gewöhnlich mit dem Strafrecht in enge Verbindung gebracht, bei dessen Ausübung es besonders bedeutsam in Frage kommt. Aber es findet natürlich auch in allen anderen Teilen der Rechtsordnung seine mögliche Anwendung; nicht zum wenigsten auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes" (S. 123). Es wird auch ein typisches Beispiel der so aufgefaßten Gnade zitiert. Wird der Preis einer nicht benutzten Rückfahrkarte durch die

Bahnverwaltung vergütet (S. 122), so war das ein Akt der Gnade.

Vor allem ist der Zweifel auszusprechen, ob es Stammler gelingen wird, den Sprachgebrauch zu ändern, demzufolge die Gnade prinzipiell ausschließlich auf das Strafrecht Bezug hat; anderseits scheint mir, daß hier wesentlich verschiedene Begriffe verwechselt worden sind.

Die Gnade soll, dem Stammlerschen Ideengange zufolge, der sittlichen Pflicht entspringen, wir wissen auch, daß im Stammlerschen Wörterbuch „sittlich" mit „der guten Gesinnung" in naher Verwandtschaft steht — es muß also alles, was wir tun, um der sittlichen Pflicht gerecht zu werden, auf Grund vollständiger Selbstlosigkeit geschehen. (Wehe dem barmherzigen Samariter, wenn er an Reklame denkt! Er ist dann nicht barmherzig.)

Nun fragen wir, ob die so aufgefaßte Gnade in den privatrechtlichen Beziehungen oftmals zum Vorschein kommen kann, ob wirklich der Berechtigte, welcher auf sein Recht Verzicht leistet, bloß auf die aequitas und auf das Wohl des Verpflichteten Rücksicht nimmt? Meines Erachtens niemals, oder fast niemals! Die Bahnverwaltung, welche den Preis der nicht gebrauchten Rückfahrkarte vergütet, der Kaufmann, welcher auf die Lösung des Kaufvertrages eingeht, tun das nicht für den Passagier, beziehungsweise für den Kunden, sondern vorzugsweise für sich selbst: das sind ja Erscheinungen der sogenannten coulance, welche in der Geschäftswelt eine sogenannte gute Marke gibt, dies sind Handlungen, durch die kaufmännische oder Geschäftsethik diktiert, Handlungen, welche in jener Welt, welcher die gegebenen Individuen angehören, hoch geschätzt werden und auf dem Gebiete des größeren Absatzes, der Popularität der Firma ihre einträglichen Früchte bringen. Die Selbstlosigkeit spielt hier gar keine Rolle — in erster Linie kommt es auf eigenen Gewinn an. Wenn das Obangeführte richtig ist, so darf man in diesen Fällen nicht behaupten, daß die Handlungsweise der Bahnverwaltung oder des Kaufmanns der sittlichen Pflicht (im Stammlerschen Sinn) entspringt, dann findet auch kein Fall der Gnade statt. Weil in der privatrechtlichen Sphäre dieses Verhältnis eine stetige Regel ausmachen wird, ist es einfacher, den Begriff der Gnade nicht in dieselbe einzuführen.

§ 9. Wie ist nun aber die Stammlersche Auffassung der Gnade auf dem Gebiete des „öffentlichen Rechtes" aufrecht zu erhalten?

Stammler bekennt aufrichtig, daß die Behandlung des Strafrechtes vom Standpunkte seiner Methode „leicht die Kraft eines Einzelnen übersteigen würde" (S. 304), trotzdem will er die Anwendung des richtigen Rechtes den strafrechtlichen Problemen gegenüber nicht prinzipiell ablehnen, und man kann sich nicht wundern. Hätte er die teilweise Untauglichkeit seiner Methode anerkannt, so wäre derselben das Merkmal der Universalität abzusprechen, und es handelt sich doch um eine Lehre, welche uns nicht nur die rechtlichen Phänomene erklären, sondern auch einer Weltanschauung zugrunde liegen soll. „Das richtige Recht ist die Bedingung für die Einheit in jeder sozialen Betrachtung" (S. 601). Aber nicht nur die Universalität der Lehre würde unter einem solchen Bekenntnis leiden, selbst die Fundamente der Konstruktion als solcher müßten als erschüttert gelten. Es gehört doch der Begriff der Gnade zu den wesentlichen Elementen dieser „theoretischen Rechtslehre", und wie ist es möglich, von der Gnade zu handeln und das Strafrecht aus dem Gebiete der Betrachtung gänzlich auszuschalten?! Wenn es schon fremdartig klingt, daß die Gnade im Privatrecht eine Rolle spielen soll, wie groß wäre das Befremden, wenn wir noch dazu erfahren müßten, daß die Gnade ausschließlich dem Privatrecht vorbehalten bleiben soll.

Das waren gewiß die Triebfedern, welche Stammler veranlaßt haben, zwar mit sichtbarem Sträuben aber doch entschlossen das Gebiet des Strafrechtes zu betreten.

Stammler will bekanntlich, um irgend eine Frage des richtigen Rechtes zu lösen, das Vorbild desselben, d. i. den Gedanken der Sondergemeinschaft, angewendet wissen. Bei den strafrechtlichen, wie überhaupt bei den öffentlichen Problemen ist die Schwierigkeit auf den ersten Blick sichtbar: es handelt sich doch um eine Kollision zwischen dem Einzelwesen und einer realen sozialen Gruppe; diese letztere soll als eine Partei der anderen (dem Individuum) entgegengesetzt werden. Man muß die beiden Parteien als Mitglieder einer „Sondergemeinschaft" sich vorstellen und jetzt die Maximen des „Achtens", „Teilnehmens" usw. anwenden. Bei den strafrechtlichen Fragen besteht die Sondergemeinschaft 1. aus dem

„Delinquent", 2. der „Gesamtheit der Rechtsunterworfenen" (S. 303). Es soll ein Strafurteil gefällt, eine Strafe ausgemessen werden. Was hat die Strafe, welche ihrer Natur nach eine vindicta publica ist und oft in der Ausstoßung des Verbrechers besteht (Todesstrafe) mit den Grundsätzen des Achtens, Teilnehmens usw. gemeinsames? Es müßte das Wesen der Strafe als solches prinzipiell geändert werden, um z. B. in diesem Falle den Grundsatz aufrecht erhalten zu können: „Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines Anderen anheimfallen".

Zieht die soziale Gruppe bei der Bestrafung einer antisozialen Handlung nicht vorzugsweise eigene gefährdete Interessen in Betrachtung, ist die Todesstrafe für ein hochverräterisches Unternehmen, das den edelsten Gefühlen entspringt, nicht eine Verneinung des Grundsatzes des Achtens?

Stammler hat die Schwierigkeit eingesehen, und um das Ganze zu retten, hat er zu einem bewährten Hilfsmittel gegriffen: hat eine neue Begriffsbestimmung der Strafe eingeführt. „Ich sehe das Wesen der Strafe ausschließlich in der Berichtigung (nicht der Vergeltung) des geschehenen Rechtsbruches" (S. 303 und 139).

Das ist der Höhepunkt des Künstlichen in der Stammlerschen Theorie! Er vergewaltigt zuerst die allgemeine Auffassung des öffentlichen Rechtes, wonach das Individuum (der Verbrecher) keine der Gesellschaft ebenbürtige, gleichberechtigte Partei ist, er zwingt dazu, daß die Gesellschaft (als Partei vorgestellt) das Urteil fällt — in eigener Angelegenheit, — denn Stammler behauptet nicht, daß die Gesellschaft als judex suspectus abgelehnt werden oder sich selbst ausschließen soll. Endlich muß eine Begriffsbestimmung der Strafe aufgestellt werden, welche allen Resultaten der Forschung nach dem Wesen (nicht nach dem Zweck) der Strafe Hohn spricht. Trotz aller Verwahrung Stammlers ist die Strafe, ihrem Wesen nach, eine Vergeltung. Man darf irgend eine Strafrechtstheorie bezüglich des Zweckes der Strafe bilden, hier dürfen die Meinungen auseinandergehen, es ist Ansichtssache, was den Zweck der Strafe ausmachen soll: soll sie bloß Vergeltung bleiben, wie sie ist, oder soll sie noch abschrecken, bessern usw. Bezüglich des Wesens der Strafe ist die Willkür des Theoretikers ausgeschlossen, es ist eine Aufgabe des Forschers, klarzustellen,

was an der Strafe, deren Formen im Laufe der Jahrhunderte sich verändern, wesentlich ist.[1]) Ganz bestimmt ist es die Berichtigung des geschehenen Rechtsbruches nicht!

Hätte Stammler sein in der Geschichte der Strafrechtstheorien bekanntes Vorbild, nämlich die sogenannte Wiedererstattungstheorie oder Vergütungstheorie Welckers strikte befolgt, so würde er wohl aus seiner These sieben (oder mehr) „gerechte Strafzwecke" abgeleitet haben, er hätte jedoch den Fehler vermieden, eine willkürliche Theorie von dem Wesen der Strafe aufzustellen. Oder ist vielleicht dieser Fehler absichtlich, um die Einführung des richtigen Rechtes in das Strafrecht zu ermöglichen? Jedenfalls ist diese These ein Fehler, und infolge desselben fällt ein guter Teil des vornehmen Gebäudes in sich zusammen. Interessant sind auch die Einzelheiten der Konstruktion der strafrechtlichen Gnade.

„Es ist in einem gewissen Falle die Berichtigung durch Strafe erfolgt und es war sachlich wohl begründet, daß es geschah, jetzt aber hat es, infolge veränderter Umstände (z. B. der persönlichen Wandlung des Delinquenten) keinen rechten Sinn mehr, die Strafe weiterhin durchzuführen" (vgl. S. 139). Stammler spricht diesen Satz mit leichtem Herzen aus, ohne dessen bewußt zu sein, daß er ein neues Element einführt — den Zweck der Strafe. Was bedeutet „die persönliche Wandlung des Delinquenten" — die Besserung? Ist infolgedessen die ursprüngliche Berichtigung des Rechtsbruches vermittels der Strafe ungerecht geworden? Die Berichtigung nimmt doch als ihren Ausgangspunkt den Zustand im Moment des Urteilsfällens, des Strafausmaßes, beziehungsweise im Moment, wo der Rechtsbruch begangen worden ist: berücksichtigt die Gesinnung des Täters, die Größe des verursachten Schadens usw. Die Strafe entspricht dem größeren oder kleineren Bedürfnis der „Berichtigung", je nach der Schuld, dem Schaden usw. Die spätere Besserung des Delinquenten bleibt für die Berichtigung als solche, vollkommen gleichgiltig — sie hätte gewiß eine Bedeutung für den Zweck der Strafe, aber den Zweck erwähnt

[1]) Vgl. meine Abhandlungen: Klassizismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft, unten S. 40. Einführung in die Philosophie des Strafrechtes, S. 217 ff.

Stammler nirgends. Dieses Element der Zweckmäßigkeit wird total außer acht gelassen, es werden sogar jene Fälle der Begnadigung vergessen, bei welchen dieser Faktor ausschließlich entscheidet, z. B. die gänzliche Begnadigung jugendlicher Verbrecher vor Antritt der Strafe (in Österreich), oder bedingte Begnadigung nicht vorbestrafter Individuen (in deutschen Staaten). Man verurteilt den Verbrecher und führt ihn sofort der Gnade zu. Ist dies nicht ein Widerspruch vom Standpunkte der „Berichtigung" und des „richtigen Rechtes"? Der Richter empfindet das Bedürfnis der Berichtigung und hat zugleich das Bewußtsein, daß diese Berichtigung dem richtigen Recht nicht entspricht! Liegt hier ein „Irrtum über das Richtige" (S. 140) vor? Absolut nicht! Die Gesellschaft leistet bloß Verzicht auf ihr Recht, und tut dies nicht allein aus Rücksicht auf den Verbrecher (als die Gegenpartei aus der Sondergemeinschaft), sondern auch und vorzugsweise auf eigenes, gut verstandenes Interesse. Die Gesellschaft fürchtet durch jene „Berichtigung" mehr zu verlieren, als zu gewinnen, befürchtet das gänzliche, moralische Verderben des Täters, der sonst ein braver Bürger bleiben könnte! Es ist eine kalte Berechnung und nichts mehr.

Es ist auch ein Detail aus der Lehre von der Gnade hervorzuheben. Es gibt Fälle einer Amnestie aus konkretem Anlasse her, der mit dem Rechtsbruch des Delinquenten und seiner persönlichen Wandlung nichts gemeinsames hat: z. B. bei der Feier eines Gedenktages „wegen eines national erfreuenden Erlebnisses u. dgl. Was sagt die Lehre von dem richtigen Recht dazu? eine solche Amnestie sei berechtigt: zwar gibt es keinen Beweis der Unrichtigkeit des Urteiles, dagegen sei die Möglichkeit einer solchen vorhanden" (S. 141).

Wer in die Theorie des richtigen Rechtes sich noch nicht vertieft hat, weiß, daß das Staatsoberhaupt eine allgemeine Amnestie in solchen Fällen auf Grund seines eigenen psychologischen Zustandes verkünden läßt — es sollen auch die Verbrecher ihre Freude haben!

Und wenn die Begnadigung in einem gegebenen Falle aus opportunistischen oder politischen Gründen erfolgt? Vergebens würden wir eine Antwort darauf erwarten.

Die ganze Konstruktion der Gnade ist verfehlt: 1. Die Gnade auf dem Gebiete des Privatrechtes bei gleichzeitiger Anlehnung an

die „gute Gesinnung" (= Selbstverleugnung) enthält inneren Widerspruch (denn die Rücksicht auf eigenes Interesse des Gnadeerweisenden, also Selbstsucht gibt hier in der Regel den Ausschlag), 2. auf dem Gebiete des Strafrechtes zieht nach sich die Stammlersche Begriffsbestimmung der Gnade: eine unzulässige Konstruktion eines egalitären Verhältnisses des Verbrechers und der Gesellschaft als streitender Parteien, und eine Behauptung bezüglich des Wesens der Strafe, welche der Wirklichkeit nicht entspricht. Die als ein Regulativ der Berichtigung des Rechtsbruches aufgefaßte Gnade ist nicht imstande, eine ganze Reihe von betreffenden Erscheinungen zu erklären.

Wenn man Institutionen und Begriffe in Verbindung setzt, welche einander ausschließen, um eine künstliche Synthese zu erlangen, so kann man nicht aus Widersprüchen herauskommen.

---

2. Klassizismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft.

Es ist heute Mode, die Kriminalisten in zwei sogenannte feindliche Lager zu scheiden. Beide sollen einerseits ihre Dogmen haben, welche einander schroff entgegenstehen, anderseits sollen beide verschiedene wissenschaftliche Methoden in Anspruch nehmen; kurz zwischen den Positivisten und den Klassikern gibt es kein Verständnis. Nennt sich jemand Positivist oder wird er so genannt, so ist er schon ipso facto ein ausgesprochener Gegner der alten Schule, des Klassizismus. Daß die Neuerer selbst, besonders Ferri, Garofalo[1]) mit großem Nachdruck vom Positivismus sprechen, ist ziemlich einleuchtend: es ist jedoch dieses Vorurteil so tief eingewurzelt, daß selbst dem Streite fernstehende, obgleich fortschrittliche Gelehrte, wie Tarde, den Ausdruck „positive Schule"[2]) als sehr bezeichnend verwenden, ferner daß selbst kritische Studien, welche sich nur mit der Beobachtung des Vorsichgehenden befassen, wie Pelizzaris il delitto e la scienza moderna; saggio critico[3]) noch immer von Klassikern und Positivisten sprechen.

Gibt es wirklich einen so großen Unterschied zwischen den Klassikern und den Positivisten, oder existiert überhaupt ein Kriterium, um heute die Kriminalisten in zwei feindliche Lager zu scheiden? Vor allem erlauben wir uns zu erinnern, daß die Opposition des sogenannten Klassizismus in der Kriminalistik die verschiedenartigsten Formen annimmt: die italienische Partei

---

1) Vgl. neulich den charakteristischen Titel der kleinen Schrift Ferris: „Discordie positiviste", sul socialismo (Ferri contro Garofalo), Entgegnung auf „Superstizione socialista".

2) Vgl. Philosophie pénale. — L'école positiviste p. 43—83.

3) Treviso 1896. Scuola classica e scuola positiva p. 14 ff.

ist in ihrer Losung und Bestrebung verschieden von der französischen (von der Schule zu Lyon: Lacassagne, Garraud); die deutsche Schule von Liszt hat andere Richtung als die belgisch-niederländische einerseits (Prins-Van Hamel) und die russische (Foinitzky, Wulffert, Tagancew, Minzloff, Drill, Sergjewsky) anderseits. Es ist bekannt, daß die Opposition in dem am meisten hierzu prädestinierten Lande, in Italien, ihren Ursprung genommen hat, den Grund legte schon Romagnosi; wir wissen gleichfalls, daß jene verschrieene la scuola positiva einerseits aus sich einen neuen, ganz selbständigen Zweig herausgegeben hat, anderseits in ihrer wesentlichsten Konzentrierung die verschiedensten Nuancen zuläßt. Zwischen der Partei Vaccaro, — Colajanni, — Alimena, — Carnevale und dem Trifolium Lombroso-Garofalo-Ferri sehe ich keine nähere Verwandtschaft, Garofalo hingegen legt keinen so großen Nachdruck auf den Anthropologismus wie Lombroso, indem er mehr die kriminal-politische Reform betont; Ferri wiederum veränderte sogar in seiner letzten Ausgabe den Titel seines Werkes „I nuovi orrizonti" in „Sociologie criminelle", was eine sehr bezeichnende Tatsache ist. Wir sehen also, daß die Spaltung in zwei „Lager" der Tendenz zur Synthesis allein zu verdanken sei, während die Literatur schon „die dritte Schule", welche grundsätzlich ein selbständiges Programm[1]) entfaltet, kennt.

Was bedeuten also die Ausdrücke „Klassizismus, die klassische Schule"?

Wir begegnen denselben auf den verschiedensten Gebieten der menschlichen Geistestätigkeit. Die schöne Literatur hatte ihre

---

[1]) Vgl. die Abhandlung Rosenfelds „Die dritte Schule" (Mitt. der J.K.V. IV.).

Von dem geringen Werte eines schablonenmäßigen Gruppierens der Gelehrten in Lager haben wir in der russischen Schule einen Beweis: Garofalo (Archiv. di psich. etc. V, p. 328) zählte die erwähnte Schule zu der „positivistischen", worauf Wulffert ihm eine sehr interessante Antwort gab. (Vgl. Frassati: Die neue positive Schule des Strafrechtes in Rußland in Z X, S. 609). Sehr empfehlenswert zur Orientierung ist ein Artikel von Sergjewski: Das Verbrechen und die Strafe als Gegenstand der Rechtswissenschaft (Z I, S. 211 f.). Selbst solche Klassiker wie Birkmeyer bestätigen die Existenz mehrerer solcher Schulen: Die Existenz mehrerer Strafrechtsschulen, welche durch fundamental verschiedene Grundanschauungen voneinander getrennt sind, wie die klassische, die anthropologische und die soziologische Schule (Z XVI, S. 322).

Klassiker. Als Viktor Hugo seine ersten Gedichte herausgab, veröffentlichte jemand eine Satire, die die Worte enthielt: Avec l'impunité les Hugo font des vers; auf Lessing folgte die Sturm- und Drangperiode, aus welcher Goethe und Schiller hervorgingen.

Bilden die Romantiker den Schlußpunkt der Entwicklung? — nicht minderwertige, neue Strömungen folgten darauf, es folgte der Realismus Flauberts, Zolas, Hauptmanns und Sudermanns, eine Richtung, welche heute mit derselben Aufbietung aller Kräfte sich die Anerkennung zu erringen sucht, wie seinerzeit der Romantismus.

Was sind die Romantiker heute anderes, als moderne Klassiker?

Sollen wir uns etwa ins Gedächtnis zurückrufen, wie die Zeitgenossen (Muyart de Vouglans und Juisse) den Beccaria als einen gefährlichen Revolutionär, sein Werk als das Produkt seiner Abenteuerlust brandmarkten, oder daß Sonnenfels wegen seiner Bestrebungen um die Abschaffung der Tortur, dank den Bemühungen seiner Fachgenossen — in Ungnade bei der Regierung verfiel?

Einflußreiche Individualitäten scharren die Früchte ihres Geistes, ihrer Eingebung und Forschung solange zusammen, bis daraus eine Resultante, die Frucht ihrer schöpferischen Arbeit entsteht, bis daraus gewisse Regeln — Dogmen sich herausbilden.

Im Weltall gibt es jedoch weder eine Ruhe, noch einen Stillstand, der kontinuierliche Stoffwechsel bildet die Grundlage aller Erscheinungen; sobald aber der Zusammenfluß der Gedanken und der Eingebungen einer Epoche vollzogen ist, entsteht sogleich eine neue, der Neuzeit mehr entsprechende, Bewegung, neue Strömungen und neue Ideale; anfangs werden die Neuerer zwar allseits mit Entrüstung und Verachtung empfangen, sie selbst wissen oft nicht, was sie eigentlich wollen und anstreben — dies ist der Typus der Sturm- und Drangperiode. Im Kampfe mit dem passiven Widerstande entwickelt sich jedoch das Talent, im Kreise der Reformatoren findet der Aufklärungs- und Präzisierungsprozeß der Prinzipien, um derentwillen der Kampf entbrennt, statt, die Stärkeren geben den Ton an und leuchten in dem Triumph des Sieges voran, im Keime jedoch nähren die Sieger schon die Anfänge jener Zersetzung, die wieder ganz neue Anschauungen und Tendenzen hervorrufen wird.

Klassiker ist also der, welcher an den traditionellen Dogmen seiner Zeit festhält, ohne den Puls jener neuen

Ideen, welche neue Losung, neue Wahrheiten enthüllen sollen, zu fühlen.

Ob jemand Klassiker seiner Zeit ist, kann erst in jener Epoche leicht festgestellt werden, wo die alte Theorie in einer glänzenden, vollendeten Form ruhig alle vereinzelt auftretenden Angriffe einzelner Fortschrittspioniere widerlegt, die wohl im Innern fühlen, daß man etwas abändern soll, selbst aber nicht die Kraft haben, mit einer deutlichen Kritik, viel weniger mit einem selbständigen System aufzutreten. Der Sachverhalt ändert sich mit dem Moment des Durchbruches, wenn die Organisation und die Siegeschancen beider Teile gleich sind, und noch mehr, wenn der endgiltige Moment herannaht, der den Streit zugunsten der Neuerer entscheiden soll. In dieser Übergangsperiode herrscht ein großes Durcheinander; die Klassiker neigen sich einer Vereinbarung zu, sie nehmen gewisse Ideen an, andere dagegen verwerfen sie; auf der anderen Seite aber, im Lager der baldigen Sieger beginnen schon jetzt Strömungen der Zersetzung, zentrifugale Tendenzen zu wirken.

In dieser Übergangsperiode befindet sich auch heute die Kriminalistik. Es ist deshalb schwer zu entscheiden, wer heute Klassiker sei, und wer das Gebäude des Klassizismus in Trümmer legen wolle. Als Anhaltspunkt zur Klärung dieser Streitfrage, welche gewiß wichtig und interessant ist, mögen uns die noch prinzipiellen Thesen dienen, Thesen, welche alle in Aufregung versetzen und eine eigene polemische Literatur zur Folge haben.

Drei Thesen gibt es, welche bisher als das ausschließliche Eigentum des Klassizismus galten und zwar:

1. Die Willensfreiheit.

2. Die Strafe basiert auf der Vergeltung (die Nützlichkeit derselben wollen wir unberücksichtigt lassen), welche jeder Übertretung folgen und mit mathematischer Genauigkeit entspreche muß.

3. Das Verbrechen ist vom juridischen Standpunkt die Verletzung einer dem Strafgesetze entsprechenden Verordnung, vom ontologischen Standpunkt dagegen, die Verletzung einer gewissen Idee (Gottes, des Absoluts, der Gerechtigkeit, des Rechtes, der Pflicht), in jedem Falle ist es aber ein abstrakter Begriff, welcher ohne jeden Zusammenhang mit den reellen, gesellschaftlichen oder individuellen Verhältnissen steht.

Wir wählen also diese Hauptthesen, und zwar die theoretischen und nicht die technisch-juridischen, bei denen eine verhältnismäßig größere Differenzierung in den Anschauungen vorherrscht, wir wählen unter den vielen anderen diese drei Thesen, denen eine große Anzahl von Gelehrten der alten Schule huldigt; mit diesem idealen, jedoch sehr scharfen Maße ausgerüstet werden wir uns eine Übersicht der neuen strafrechtswissenschaftlichen Bilanz zu schaffen und die zwei einander feindlich stehenden Lager entgegenzusetzen bemühen.

Wenn jedoch unser Versuch erfolglos bleiben sollte, — dann ist diese Aufgabe in der Tat unlösbar, denn einen allgemeineren Boden, auf welchem die verschiedenartigen Individuen mit einem selbst exzentrischen Individualismus nebeneinander sich bewegen könnten, werden wir schwerlich finden.

Erster Abschnitt.

Es ist eine sehr allgemein gewordene Ansicht, daß das wesentlichste Merkmal eines „rechtgläubigen" Positivisten, d. i. eines Theoretikers, der dem Strafrecht eine andere als die bisherige Grundlage unterbreiten will und dementsprechende Reformen anstrebt, die Verwerfung des Prinzips von der Willensfreiheit und ein ausgesprochener Determinismus ist (zwar nicht in der Bedeutung der Weltanschauung, sondern im Sinne der Abhängigkeit des menschlichen Wollens von dem Kausalitätsprinzip).[1])

Der erste Zweifel, dem wir begegnen, steckt in der Frage: Muß das Strafrecht ausschließlich auf einer der beiden Alternativen beruhen, und einfach tertium non datur? oder ob man nicht etwa beide Thesen verwerfen und sich nach einer anderen umsehen soll?

Der Klassizismus (so ist die allgemeine Anschauung) geht von der Behauptung aus, daß die Willensfreiheit tatsächlich existiert,

---

[1]) Derselben Anschauung sind die „Positivisten" selbst: Tarde, Phil. pén. p. 64 f, Ferri, Sociol. crim. p. 201 f., der „Klassiker" Stenglein verließ die Intern. krim. Vereinigung deshalb, weil „alle Gründer, alle maßgebenden Personen der Vereinigung auf diesem (deterministischen) Boden stehen." Gerichtssaal XLIX, S. 145. In ähnlicher Weise erachtet auch der unabhängige Pelizzari, Il delitto p. 44 den Determinismus als das Kriterium bei der Gruppierung der Theoretiker.

d. h. daß die menschliche Psyche die Fähigkeit besitzt, die verschiedenen Triebe zu sondern, und aus ihnen einzelne zu wählen, sowie man etwa in einem Spezereigeschäft unter den verschiedenen Artikeln wählen kann. Den Beweis hierfür, daß es so sich verhält und nicht anders, hat noch niemand geliefert, denn er gehört in das Gebiet der Unmöglichkeit,[1]) und darum benutzt man gern das Hinterpförtchen, als welches man die Philosophie Kants bezeichnen kann, der von dem Grundsatz ausgeht: Das Existieren der Willensfreiheit kann man zwar nicht beweisen, daß aber solche existieren muß, kann man beweisen.[2]) Und tatsächlich kann das System der moralischen, noch weniger das der Strafverantwortung auf keiner anderen Grundlage basieren, denn wie wollte man einen Menschen bestrafen oder verdammen, der doch zu einer Handlung prädestiniert war, der doch nicht anders handeln konnte, sondern so handeln mußte. Auf diese Weise entsteht ein interessanter circulus vitiosus: das Strafrecht und das Moralsystem muß auf der Willensfreiheit basieren, denn sonst könnten dieselben nicht bestehen, und darum ist die Annahme der Willensfreiheit eine Notwendigkeit, denn worauf sonst sollten wir das Moral- und Kriminalsystem aufbauen.[3])

Kaum wird es jemand zu leugnen wagen, daß der Indeterminismus hinsichtlich einer solchen Stellung der Streitfrage als ein metaphysisches Dogma, ein Glaubenssatz, und nicht als das Resultat

---

[1]) Als sehr häufiges Argument (z. B. Hälschner, Loening, Rümelin) ist das Gefühl der Wahlfreiheit anzusehen; — der berühmte Psychophysiolog Ribot erwidert darauf: le „je veux" constate une situation, mais ne la constitue pas, es ist dies die sogenannte Bewußtseinstäuschung der Willensfreiheit. Eine gute Übersicht mißlungener Beweise können wir in dem Artikel von Theodor Klippel finden. (Determinismus und Strafe. Z X, S. 534 ff.)

Die sogenannte Wahlhandlung unterscheidet sich von den anderen (Triebhandlung, Willkürhandlung) dadurch, daß ein Kampf einander widerstreitender Motive deutlich wahrnehmbar vorangeht, aber auch so ist der Unterschied fließend (Wundt, Grundriß der Psychologie v. J. 1896, S. 221).

[2]) Vgl. Kritik der prakt. Vernunft ed. Kirchmann II, S. 330, 335 sq.

[3]) Sehr grell erscheint diese Beweisführung bei Kant, Kritik der prakt. Vernunft ed. Kirchmann I, S. 38: Die Autonomie des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten etc. Hugo Meyers Lehrbuch IV. Aufl., S. 20. Rümelins Reden und Aufsätze V F. 1881. Über einige psycholog. Voraussetzungen des Strafrechtes S. 49 f., 72 f. Binding, Normen II, S. 21 f.

empirischer Forschung anzusehen ist.[1]) Die Unmöglichkeit, den Beweis des Nichtvorhandenseins der Willensfreiheit zu liefern, bewog den Gelehrtenkreis der Neuzeit, das Gegenteil dessen nachzuweisen. Gestützt sowohl auf die psycho-physiologischen Forschungen, die einen engen Zusammenhang zwischen dem physischen und psychischen Organismus aufweisen, als auch im Vereine mit den Naturforschern, auf den Monismus der menschlichen Natur verweisend, kommen sie zu dem Resultat, daß die Annahme der Willensfreiheit Leugnung des Kausalitätsprinzips, und die Fähigkeit unter den Trieben zu wählen, eine Unterbrechung des Kausalitätsnexus sei. Wer kann uns jedoch den Beweis erbringen, daß der Kausalitätsnexus nicht unterbrochen werden, und daß der psychische Prozeß ungeachtet eines wichtigeren Einflusses dieses oder jenes Faktors, welcher den Willen des Individuums zu diesem oder jenem äußeren Auftreten veranlassen soll, nicht zu einem anderen Resultat führen kann?

Daraus ersehen wir, daß die deterministische These gleichfalls nur ein Dogma, eine Frage individueller Anschauung, des Glaubens sei.[2])

---

[1]) Nicht besonders verdient hinsichtlich derjenigen Autoren, die sich im Strafrechte auf die Willensfreiheit beriefen, machte sich bekanntlich Keber (Gegen das Verbot der reformatio in peius 1892) S. 25: „Die offensichtliche Schwierigkeit (die Existenz der Willensfreiheit zu beweisen) ist zu beseitigen durch eine Fiktion. Verfasser (d. i. Keber) fingiert die menschliche Willensfreiheit und hat dadurch mit einem Schlage eine befriedigende Unterlage der staatlichen Strafe gegeben." Die Fiktion bedeutet weniger als das Dogma, an das Dogma glaubt man, die Wertlosigkeit der Fiktion erkennt sogar ihr Schöpfer an, denn sie ist bloß ein pädagogisches Hilfsmittel.

[2]) Die Art der Beweisführung erinnert uns an Kant: Die diese Frage behandelnden Autoren (z. B. Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. Z XIII, S. 325 f., 336 f. oder Vargha in seinem neuesten Werke (1896): Die Abschaffung der Strafknechtschaft I B, S. 279 f. u. 327) berufen sich auf den erwähnten Kausalnexus als das letzte Remedium und wollen gleichsam sagen: Wenn man nicht beweisen kann, daß die Willensfreiheit ein Unsinn sei, so kann man beweisen, daß sie ein solcher sein muß. In dieser Hinsicht ist der Standpunkt Pelizzaris (Il delitto p. 44) zutreffend, welcher beim Aufzählen der aprioristischen Dogmen „der Positivisten" wie z. B. Darvinismo ed evoluzione biologica, Atavismo, eclectismo religioso hinzufügt e negazione del libero arbitrio. Man muß noch erwähnen, daß einflußreiche Psychophysiologen, wie Wundt, eine selbständige psychische Kausalität (op. cit. 374) neben der physischen Kausalität für unumgänglich notwendig annehmen.

Darum kann ein scharf trennender Geist, der mitten in dieser schwierigen Wahl, zwischen der Skylla und Charybdis volle Sicherheit zu erlangen anstrebt, nur auf diese Art seine Aufgabe lösen, daß er sein System weder auf der einen, noch auf der anderen der morschen Grundlagen aufbaut, sondern vielmehr diese Frage stillschweigend zu umgehen sich bemühen wird.

Diese dritte Eventualität beruht indessen auf einer genauen Erfahrung und Beobachtung, ihre Grundlage ist eine durch die Psychologen bestätigte Tatsache, daß auf das menschliche Handeln Motive (dies ist der gemeinsame Ausgangspunkt sowohl der Deterministen, als auch der Indeterministen) und zwar ererbte, angeborene und von der Außenwelt sich angeeignete Triebe Einfluß üben, und daß sie in die menschliche Psyche gleichsam künstlich eingepflanzt werden können (auf diesem Grundgedanken beruht die Erziehung). Diese Motive können nun von der Außenwelt zu dem menschlichen Ich hingelangen: ein durch unvorsichtigen Umgang mit der Waffe hervorgerufener Unfall mahnt zur besonderen Aufmerksamkeit in der Zukunft, das Vergiften durch Schwämme gibt Anlaß zur größeren Achtung bei deren Sammeln.

Zu der Kategorie der Motive können wir auch die Strafe zählen. Wenn ein Individuum irgend ein Vergehen begangen hat, begegnet ihm das malum passionis, quod infligitur propter malum actionis, und da kann in der Psyche des Schuldigen ein neues Motiv entstehen, welches ihn veranlaßt, die Handlung nicht zu wiederholen, und zwar, um der bitteren Strafe, die dem Vergehen folgt, zu entgehen. Dasselbe Motiv kann auch der Anblick der Bestrafung eines anderen, oder die im Strafrecht selbst enthaltene Androhung bilden. Es ist klar, daß eine derartige Wirkung unbestimmt ist, daß das Resultat ein anderes als das eben erwähnte sein kann, denn das Motiv kann zu schwach sein, um einen anderen, das Individuum auf den entgegengesetzten Pfad abdrängenden Trieb überwinden zu können, gerade so wie ein einmaliges Verspielen, ja selbst ein gänzlicher Vermögensruin einen Kartenspieler noch immer nicht entmutigt.

Wie wir bis jetzt ersehen haben, müssen bezüglich der angeführten Beweisgründe sowohl die Anhänger, als auch die Gegner der Theorie von der Willensfreiheit einig werden, nur mit dem Unterschiede, daß gemäß der ersteren die psychische Wahlfreiheit,

gemäß der letzteren das blinde Übergewicht der einen Triebe über die anderen bestimmend einwirken. Uns gegenüber ist diese Streitfrage ganz gleichgiltig, und wenn der Richter ein neues Motiv, die Strafe nämlich, hinzufügt, der Gesetzgeber diese Handlungsweise empfiehlt, soll der Richter dabei nicht daran denken, was mit diesem Motiv in der großen psychischen Werkstätte geschehen wird, sondern es genügt ihm zu wissen, daß dieses Motiv gewiß seine Rolle spielen wird.

Einige von den wenigen Autoren, die von einem unserem Standpunkte ähnlichen ausgehen (hierzu gehören, es sei nur nebenbei erwähnt, der „Positivist" Prins und der Anführer der italienischen „Klassiker" Lucchini)[1]) setzen ihrer Beweisführung die Begründung des Determinismus und des Indeterminismus voraus, zu welchen sie sich auch offen bekennen.[2])

Es ist dies zwar ein vollkommen überflüssiger Zusatz, denn uns interessiert die Ansicht des H. X. oder V. bezüglich der Glaubensfrage, ob ein freier menschlicher Wille existiert, gar nicht, ebensowenig auch ihre Meinung hinsichtlich des Dilemma, ob die Seele des Menschen unsterblich, oder ob der Papst unfehlbar sei.[3])

Ich glaube die Möglichkeit, die Frage zu lösen, begründet zu haben, wenn wir sie auf das Moral- oder Strafsystem beziehen, ohne in die deterministische oder indeterministische Metaphysik zu verfallen; es ist dies das ultimum refugium aller jener, welche alle Phantasmagebilde vermeiden.

---

[1]) Vgl. auch Liszt Z XVII, S. 75: (wir) erblicken das Wesen der Zurechnungsfähigkeit in der normalen Bestimmbarkeit durch Motive.

[2]) So z. B. Loeffler, Die Schuldformen des Strafrechtes 1895, S. 2: Ich halte die deterministische Auffassung für die richtige, oder Schäfer: Begründung der Zurechnungsfähigkeit ohne Willensfreiheit. Z XVI, S. 161 f. Dies alles ließe sich im Grunde ebenso behaupten, wenn wir auch keine Deterministen wären (S. 194). Ähnlich Finger, Strafrecht I, S. 122 f. Das Gegenteil behauptet Prins von seinem Indeterminismus (vgl. die Eröffnungsansprache beim belgischen Kongreß J. K. V., Mitt. d. J. K. V. IV, S. 157 f.).

[3]) Bülow Z XVI, S. 600, meint zwar: „Um so mehr wäre es geraten, die Frage der Willensfreiheit den Philosophen vorzubehalten," aber trotzdem (S. 589) erfahren wir, daß der menschliche Wille frei ist, „wenn der Mensch so handelt, wie es seinem Charakter, seinem inneren Wesen entspricht." Ob man solche „Freiheit" wirklich Willensfreiheit nennen kann, sei dahingestellt — es wäre nur eine terminologische Streitfrage.

Indem wir die geringe Anzahl der Gelehrten von der Unabhängigkeitspartei unberücksichtigt lassen, wollen wir zu der Frage zurückkommen, ob die Begriffe des „Positivisten" und des „Deterministen" identisch sind.

Vor unser geistiges Auge treten zwei Deutsche, Gelehrte von reger und sehr empfänglicher Geistestätigkeit, für welche das Neue und Originelle Ideal ist. Es sind dies Merkel und Mittelstädt. Wenn sie an der Politik teilnähmen und daselbst den Weg ihrer Fachstudien gingen, könnte man sie die „Wilden" nennen, und in der Tat wären sie die enfants terribles des Parlaments. Im Lehrfach jedoch ist die Unabhängigkeit unzweifelhaft ein Vorzug, ein Unterpfand objektiver Forschung, keinesfalls aber ist es der unkonsequente Eklektismus, welcher die verschiedenartigsten, entgegengesetzten Dinge miteinander vereinigt.

Auf die Art müssen wir die Tätigkeit Merkels und Mittelstädts auf dem Gebiete der Kriminalistik beurteilen. Ob dieselben „Positivisten" oder ob sie „Klassiker" sind, können wir nicht entscheiden, denn die Antwort auf diese Frage wäre in allem Anfang des Studiums, das zu seiner Aufgabe die Erklärung der Merkmale des Klassizismus sich stellt, eine petitio principii.

Wir wollen uns mit ihrer Bestätigung zufrieden stellen, mittels welcher sie sich für „Klassiker" halten. Es genügt uns nur die Abhandlung Merkels in die Hand zu nehmen „Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht", welche schon in der Aufschrift sagt: Zur Beleuchtung der „neuen Horizonte" im Strafrecht, oder den Artikel Mittelstädts durchzublättern: Schuld und Strafe mit dem Zusatz: Zur Kritik der heutigen Reformbestrebungen.[1][2]) Daß es nun Beiden, ungeachtet dessen, daß sie Klassiker sind, möglich ist, zugleich Deterministen zu sein, darin liegt fürwahr die Kunst. Die Extravaganzen dieser zwei „Klassiker" nahmen ein trauriges Ende: von allen Seiten setzte man ihnen hart zu, eine allgemeine Verdammnis wurde ihnen zuteil.[3])

---

1) Gerichtssaal XLVI, S. 237 f. XLVII, S. 1 f.

2) Liszt zählt entschieden die beiden zur klassischen Partei: hervorragende Vertreter der deutschen „klassisch-juristischen" Schule (Mitt. d. J. K. V. IV, S. 135).

3) Der „Positivist" Liszt erklärt: „Die Vergeltung auf deterministischer Grundlage ist nicht nur eine Versündigung des Herzens, sondern auch eine

Unzweifelhaft fatal ist die Kombination der Theorie der Wiedervergeltung und des Determinismus: Die Wiedervergeltung, welche die Existenz der Willensfreiheit zur Basis hat, und die Zweckstrafe (Schutz der menschlichen Gesellschaft), die das Gegenteil annimmt, sind für sich logische und gerechte Systeme, jedoch eine eklektische Vereinigung beider ist unbedingt mißlungen.

Der Indeterminismus der Wiedervergelter sagt zum Übertretenden: weil du bei der Wahl unter den Trieben lieber den schlechten, als den guten folgtest, darum wirst du bestraft, denn jeder Übertretung muß die Strafe folgen, gerade so wie dem Verdienst der Lohn.

Nicht minder konsequent stellt der Determinismus hinsichtlich der Zweckstrafe seine Frage: dieser handelte so und nicht anders, weil er so handeln mußte, und zwar deshalb, weil die Summe seiner schlechten Motive größer als die Summe der guten war, damit er aber in der Zukunft nicht so handle, haben wir einen sehr einfachen Rat: legen wir in seine Psyche solche Triebe hinein, die ihn auf den Tugendweg führen; bereiten wir ihm eine physische und psychische Unannehmlichkeit, und er wird nie mehr Schlechtes aus Furcht einer Wiederholung des ihm zugestoßenen Unangenehmen tun; indem wir ihn strafen, bemühen wir uns ihn zu bessern, ihm höheren Zweck zu zeigen. Als Gelegenheit hierzu diene entweder das Gefängnis oder eine andere Anstalt; ist er jung, dann übergeben wir ihn einer Besserungsanstalt; kann er nicht arbeiten, so lehren wir ihn dieses Mittel; um der Versuchung auszuweichen, mangelt es einem gefallenen Weibe an Moralgrundsätzen, dann sorgen wir für ihre Wiedergeburt; haben wir endlich mit einem Gewohnheitstrinker zu tun, so übergeben wir denselben einer Anstalt, in welcher dieses widernatürliche und gefährliche Laster ausgerottet wird. Zeigt sich jedoch, daß wir in keiner Weise eine

---

Verirrung des Verstandes" (Z XIII, S. 344 f.). Der „Klassiker" Birkmeyer dagegen nennt den Versuch Merkels „schwere Inkonsequenz" (Z XVI, S. 98), ähnlich sprechen Lammasch (Gerichtssaal XLIV, S. 155), Buri (ebd. XLVIII, S. 374). Vargha, Abschaffung S. 10.

Ebenso der Indeterminist Ortloff (Die Verneinung der Willensfreiheit im Determinismus Z XIII, S. 321): Diese Idee (der Wiedervergeltung) setzt aber die Verschuldung eines frei sich bestimmenden denkenden Wesens voraus. Vgl. auch Jankas Lehrbuch, 2. Aufl., S. 82 f.

Veredlung seiner verdorbenen Seele mit guten Trieben durchzuführen imstande sind, dann schaffen wir ihn als eine moralische Mißgeburt mit allem Mitleid und Mitgefühl beiseite aus der menschlichen Gesellschaft, damit er derselben weder direkt, noch indirekt einen Schaden zufüge.[1]) Denselben logischen Standpunkt nimmt die in der Mitte zwischen dem Determinismus und dem Indeterminismus stehende Theorie ein.

Merkel und Mittelstädt stellen die Frage anders auf: Der Übertretende mußte das Vergehen begehen, denn ihn trieb dazu seine entartete Natur, die er den Ausschweifungen seiner Eltern zu verdanken hat, der nachlässigen Erziehung und der Not, doch dessenungeachtet gebührt ihm die Strafe für seine Handlung, fern sei von uns daher jede Regung von Mitleid für diesen Unglücklichen, vielmehr schließe man ihn aus der menschlichen Gesellschaft aus, und es soll ihm die Verachtung und allgemeine Verdammnis zuteil werden. Es ist zwar wahr, daß es nicht unser Verdienst ist, wenn wir gute Staatsbürger sind, doch dies hindert uns nicht, mit dem Pharisäer zugleich Gott zu danken, daß wir auch nicht so seien, „wie die anderen Leute, habgierig, ungerecht und Ehebrecher, sowie auch dieser Zöllner dort," — und dabei jenen einen Fußtritt zu geben, denen ein ungünstiges Los beschieden wurde.

Jedenfalls müssen wir, sei es, daß Merkel und Mittelstädt die Frage richtig oder falsch gestellt haben, die Tatsache bestätigen, daß sich unter der Fahne des Klassizismus kämpfende Theoretiker, Gegner „neuer Horizonte" und neuer reformatorischen Bestrebungen fanden, für welche der Determinismus ein Dogma ist und der freie Wille nicht existiert. Die Begriffe „Positivist" und „Determinist' sind also offenkundig nicht identisch, und der Indeterminismus kann nicht das wesentliche Merkmal eines Klassikers sein, sobald es Klassikerdeterministen gibt.

---

[1]) Sehr zutreffend zeigt uns Dr. R. Kurt in der Verteidigung seiner Abhandlung „Willensfreiheit" gegen die Einwendungen Ortloffs (Z XIV, S. 315), welcher dem Determinismus vorwirft, daß ungeachtet des Nichtvorhandenseins eines freien Willens, doch die Strafe gelobt und dieselbe verlangt wird, daß das Strafsystem jetzt eher ein Erziehungs- und Schutzsystem, als ein Vergeltungssystem ist. (Zur Frage der Verneinung der Willensfreiheit im Determinismus Z XVI, S. 388). Ähnlich Jankas Grundlagen der Strafschuld S. 47, 54.

Zweiter Abschnitt.

Die polemischen Schriften unserer Zeit sind von den beiden feindlich geglaubten Losungsworten: „der Vergeltungsstrafe und der Zweckstrafe" überfüllt, von denen das erstere das alte, das zweite das neue Losungswort sein soll. Doch ist weder der Satz „die Strafe sei die Vergeltung" eines bedeutend älteren Datums, als der Grundsatz „die Strafe muß und soll einen rationellen Zweck haben", noch sind dies sich ganz ausschließende Begriffe, vielmehr nur verschiedene Begriffe. Daß sie nicht sich gegenseitig ausschließende Ausgangspunkte sind, dafür haben wir den Beweis in der einfachen Tatsache, daß es sogenannte Koalitionsstraftheorien gibt, welche beide Prinzipien in sich vereinigen; daß wieder die Zweckstrafe keinen Anspruch auf das neueste Datum haben kann, zeugt der Umstand, daß schon das Christentum in der Strafe nur die „medicina peccatoris"[1]) sieht, und auch bei Plato[2]) hat die Strafe den Charakter der Erziehungskunst, und nur ausnahmsweise soll sie einen anderen, sonst gleichfalls erhabenen Zweck erreichen, nämlich das Reich von den Missetätern zu säubern.

Von größerer Bedeutung ist die Tatsache, daß beide Losungsworte, einzeln und vereint auftretend, sowie auch beide theoretischen Systeme einen gemeinsamen Fehler haben, nämlich beide gehen gemeinsam von der irrtümlichen Grundidee aus, daß man die Strafe begründen soll (Rechtsgrund der Strafe), die einen wollen ihren Grund in der ewigen Gerechtigkeit sehen, welche verlangt, daß auf das Vergehen die Strafe folge, andere wiederum in der Idee des Nutzens für die menschliche Gesellschaft, weil derselbe die Strafe erheischt.

Wie wir schon erwähnten, ist das Suchen nach dem Grunde der Strafe ein Fehler, und zwar deshalb, weil die Strafe ihrem Wesen nach nicht das Produkt des gesellschaftlichen Willens ist, der für angemessen findet, auf eine als Vergehen anerkannte Handlung mit der Reaktion, welche Strafe genannt wird, zu erwidern. Diesen Grundsatz haben wir nur dem System der rationalistischen Philosophie zu verdanken, welche fern von allem gesellschaftlichen Leben und Handeln aus gewissen, unbegründeten,

1) Bar, Handbuch I, S. 214 f.

2) Ebenda I, S. 206.

aprioristischen Prinzipien entspringende Systeme bildete und immer noch bildet.

Die Strafe jedoch ist keinesfalls ein Produkt des Rationalismus oder das Resultat einer ruhigen Deduktion, sondern vielmehr eine Reflexbewegung der Gesellschaft, welche in ihren Anfängen blind und leidenschaftlich ist, im Laufe der Zeit aber den Charakter einer gewissermaßen sinnreichen Anpassung an die Mitwelt annimmt, doch dessenungeachtet in ihrem Prinzip nur eine mechanische Reaktion bleibt.

Die Rechtsbegründung der Strafe, wie sich dieselbe bis in die neueste Zeit hinauf[1]) wiederholt, ist unzweifelhaft ebenso fruchtlos, wie der Versuch, den Hunger oder eine andere psycho-physiologische Erscheinung zu begründen, denn die Strafe ist die analoge Erscheinung einer Kollektiv-Psychologie. Darum entspricht hier bei weitem mehr der ohnehin viel vernachlässigte Forschungsweg, der zum Begriffe der Strafe führt, sich mit dem Studium der Frage befaßt, was das Wesen der Strafe ausmacht, etwa auf die Weise, wie wir aufzuklären, was das Gähnen, Niesen u. dgl. ist, uns Mühe geben. Alles, was auf diesem Gebiete geschehen ist, verrät einen ungemein aprioristischen Beigeschmack,[2]) während bei Erklärung des Wesens irgendeiner Erscheinung die Observationsmethode conditio sine qua non sein muß. Zum Studium des Wesens der Strafe kann uns allein die vergleichende und die rechtsgeschichtliche Methode von Erfolg sein; man kann zwar nicht behaupten, daß man selbe in dieser Richtung bisher nicht benutzte, doch meines Erachtens wurde die Frage nur berührt, ohne gelöst zu werden, man trachtete nur die Evolution der Strafe zu veranschaulichen, ohne das Wesen derselben bloß zu legen, wobei sonderbarerweise ein bis nun nicht auszurottendes Dogma den Weg sich bahnte, den Forschern von vornhinein suggerierend: die Strafe hatte sich aus der Privat(Blut-)rache entwickelt?

Da nun die Blutrache eine sehr auffallende Erscheinung ist, brachte man sie mit der Strafe in Verbindung und füllte den

---

[1]) Vgl. z. B. Carl Herold, Bemerkungen über das Rechtsprinzip der Zweckstrafe (Z XII). Der Autor vertieft sich in die Frage: ist der Zweck der Strafe, die Gesellschaft gegen Verbrechen zu schützen, an sich imstande, die Strafe zu begründen.

[2]) Vgl. z. B. die Abhandlung Kohlers: Das Wesen der Strafe.

zwischen den beiden Begriffen gähnenden Abgrund durch einen mehr oder weniger willkürlichen Aufbau der Übergangsphasen aus (bestimmend soll der Wendepunkt sein: Die Komposition schließt sich dem fredus an). Von diesem Standpunkt gehen Letourneau, Tissot, Steinmetz, Leist, Bar aus, außerdem noch eine ganze Reihe von Schriftstellern, die ihre historische Kenntnis einer sekundären Quelle entnehmen.[1])

In meinen Studien wagte ich einen anderen Weg einzuschlagen, und um volle Bewegungsfreiheit zu gewinnen, das uns überkommene Dogma ganz außer acht zu lassen, damit ich meine Forschung ab ovo beginnen könne, habe ich den Versuch einer neuen Auffassung dieser Frage im letzten Teile meiner Abhandlung: „Das Wesen des Verbrechens" S. 244 bis 278 aufgenommen, und zwar nicht nur vom Standpunkte der historischen Entwicklung, sondern auch zum Zwecke der Auffindung des Wesens dieser Erscheinung selbst. Aus meinen Forschungen gewann ich die Überzeugung, welche ich auch an einer entsprechenden Stelle zum Ausdruck brachte, nämlich, daß das Wesen der Strafe in der Kollektivrache der sozialen Gruppe liege (und nicht in der individuellen oder in der eines Stammes gegen den anderen.[2])[3])

Ich verfolgte diese Erscheinung von dem ersten Zusammentreten der Gesellschaft bis zur höchsten sozialen Entwicklung hinauf; ohne Zweifel tritt dieser impulsive Charakter der Strafe am deutlichsten bei den noch wenig organisierten sozialen Gruppen hervor (Lynch), auf einer höheren Kultur oder Organisationsstufe stehende Gruppen haben ihre Organe zur Ausübung der Rache, sie haben ihre Repräsentanten, welche im Sinne der gesellschaftlichen Arbeitsteilung die Rolle eines gesellschaftlichen Rächers

---

[1]) Vgl. die diesbezügliche Literatur in meinem Werke: Das Wesen des Verbrechens S. 196, Anm. 3 und Einführung S. 251 ff., demselben Fehler begegnen wir in Fingers Strafrecht I, S. 22 f.

[2]) Zum Teile entspricht auch diesem Standpunkt Büngers Meinung (Z VIII, S. 582 f.), daß die Strafe „ein Gegenhandeln", das diesen Individualwillen reprimierende Handeln der in der Vertretung der Gesellschaft ... persönlichen Willensorgane des Staates sei, ferner Liszts soziale Reaktion gegen antisoziale Handlungen (Lehrb. VII, S. 4), vgl. auch Bars: Sittliche Mißbilligung, Merkels Soziale Machtäußerung im Dienste sozialer Selbstbehauptung.

[3]) Vgl. auch Einführung i. d. Phil. des Str. R. S. 214 bis 272.

übernehmen, etwa so, wie bei der individuellen Rache (bei der sogenannten Blutsrache) der nächste Verwandte die übrige Familie vertritt.

Diese Rache der Gesellschaft tritt, wie jede Urempfindung (vom psychologischen Standpunkte, von der individuellen Rache zwar nicht verschieden, obgleich die Spannung derselben im Sinne der psychologischen Grundsätze verhältnismäßig bedeutend größer ist) anfangs mit einer Elementarkraft auf, blind und zügellos, erst in ihrer weiteren Entwicklung, wenn aus ihr eine rechtliche Institution hervorgehen soll, werden derselben gewisse Grenzen in der Gestalt von allgemein giltigen Regeln gezogen. Im übrigen versehen auch in der jetzigen zivilisierten Gesellschaft den Dienst jenes gesellschaftlichen Rächers, die die Strafe vollziehenden Organe: der Gefängniswärter oder der Scharfrichter; der Richter prüft bloß die Frage, ob die gesellschaftliche Reaktion (die Rache) eintreten soll; ebenso entschieden auch die griechischen und indischen Priester, ob der Verbrecher vom Blute des Ermordeten sich reinigen kann. Es ist klar, daß die gesellschaftliche Reaktion als Rache, um in der heutigen Form als Strafe auftreten zu können, durch die Vergeltung und Komposition destilliert werden mußte (aber nicht durch die individuelle Wiedervergeltung oder durch die zugunsten des Beschädigten gezahlte Komposition), das maßgebende Organ war hier die ganze soziale Gruppe.

Die moderne Wiedervergeltung ist nichts anderes als eine Form der gesellschaftlichen Rache, und das drei Bände umfassende verdienstvolle Werk Günthers „Die Idee der Wiedervergeltung", welches eine unermeßliche Anzahl Beispiele von Wiedervergeltung enthält (leider verwechselt der Verfasser manchmal die individuelle Vergeltung mit der gesellschaftlichen), beweist wahrhaftig nicht, daß die Wiedervergeltung unumgänglich notwendig ist, sondern bezeugt nur, daß die Strafe in ihrem Wesen die Wiedervergeltung der Gesellschaft sei, weshalb sie einen Beweis für die Rechtsbegründung der Strafe nicht bilden kann, sondern nur zur Erklärung ihres Wesens dient.

Das Wiedervergeltungsprinzip als geregeltes Racheprinzip mit seinen, aus der Idee der Proportionalität und einer gewissen, der sogenannten gerechten Beziehung zwischen dem Schaden der Gesellschaft einerseits und den, dem Verbrecher zu verursachenden

Schmerz anderseits hergeleiteten Normen verwarf in neuerer Zeit unter dem Hauche des sonst leicht verständlichen Humanitarismus eine ganze Reihe entsprechendster Strafen: die Körperstrafen, namentlich die Strafe der Verstümmlung, wodurch man das analogische Körperglied verlor, ebenso die qualifizierte Todesstrafe, in einigen Ländern die Todesstrafe überhaupt; auf diese Weise mußte sich die Idee der Wiedervergeltung auf ein sehr enges, eigentlich nur zwei Strafmittel enthaltendes Gebiet beschränken, d. i. auf die staatsrechtliche Komposition, bestehend in der Geldstrafe und auf Gefängnis. Der Kerker oder das Gefängnis ist die späteste Art unter den Strafmitteln, jedoch ist selbes ideell in Hinsicht auf die leichte Durchführung der Arithmetik beim Bestrafen. Dies ist nämlich das charakteristische Merkmal der Evolution der modernen Wiedervergeltung, welche in ihrer Gewissenhaftigkeit die Schuld mit der Genauigkeit einer Apothekerwage auf Pfund und Gramm zu bemessen und eine entsprechende, auf Tage und Stunden zählende Strafe der Freiheitseinschränkung anzupassen strebt (der Mangel des Strafausmaßes in Minuten und Sekunden könnte uns verwundern). Man gelangte endlich zu dem in der Literatur schon bekannten „Mißbrauch der kurzzeitigen Freiheitsstrafen", ja man geht soweit, daß in Österreich auf 550.271 bis 558.453 Bestrafungen für Übertretung 339.874 bis 368.311 Arreststrafen unter 8 Tagen entfallen, während die Zahl der Verurteilungen zum Kerker und zum Tode in der nämlichen Periode (1886 bis 1891) 28.432 bis 29.706 beträgt.[1])

Es kam so weit, daß die Strafe der Freiheitseinschränkung fast synonym mit der Strafe überhaupt wurde, und eine neue Wissenschaft, die Gefängniskunde, welcher eine Anzahl Spezialorgane und eine bedeutende Zahl privater und halboffizieller Vereine zur Verfügung stehen, die ihre Grundsätze praktisch zur Durchführung bringen, legt den Grund zu speziellen Handbüchern, wie Krohnes, oder zu den großen Kollektivarbeiten, wie Holtzendorffs und Jagemanns Handbuch, und sucht in ihrer eigenen Hand die ganze Lehre über die Psychologie und Biologie des Verbrechers zu vereinigen, wobei sie gleichzeitig die Frage kaum un-

---

[1]) Vgl. Zucker, Einige dringende Reformen der Strafrechtspflege S. 8 bis 11.

zweideutig aufwirft, ob die Kerkerstrafe nicht einzig und allein rationell ist.[1])

Die Einseitigkeit der ausschließlichen oder doch überwiegenden Anpassung der Kerkerstrafe, und die damit im Zusammenhang stehenden Mißbräuche eines kurz dauernden Arrestes, bildeten aus der im Prinzip guten Idee — denn der Kerker zeigt seine vortrefflichsten Seiten — nur eine lächerliche Karikatur und riefen einen lauten Protest hervor. Dieser Protest geht von dem Gedanken aus, daß die bisherige Strafvollziehung den Zweck der Staats- und der Gesellschaftsrepression verfehlt hat.[2])

Auf diese Weise wurde der Zweckstrafe ein neuer Charakter verliehen, man hüllte sie in ein neues Gewand ein und hißte sie wie eine neue Fahne auf, obgleich der Kerker die Zweckpostulate offenbar nicht ausschließt, sondern sie vielmehr erleichtern kann (Besserung). Es ist interessant zu hören, daß die Opposition der Kerkerstrafe als einer irrationellen und zwecklosen Strafe in dem Lande praktisch realisiert wird, wo die Freiheit des Richters möglichst groß ist, wo in Ermanglung des Strafkodexes das Gewohnheitsrecht, und etliche lose Spezialgesetze neben einigen, sehr einflußreichen Präjudikaten praktisch zur Anwendung kommt, d. i. in England, wo nicht von vornherein ein Schema gebildet, sondern dem Urteil Sprechenden diskretioneller Spielraum belassen wird. Schon im Jahre 1868 bis 1869 betrug in England und Wales die Zahl der Verurteilungen zu Freiheitsstrafen 25°/₀, und im Jahre 1887 bis 1888 sank diese Zahl auf 14°/₀.[3])

Die Zweckstrafe verbunden mit oder ohne Kerker, ist, wie wir nochmals behaupten, keine neue Idee, die Folgerungen jedoch, welche Gelehrte der Neuzeit aus jener ziehen, sprechen der Strafe vollständig ihr Wesen ab. Wir bemühten uns also nachzuweisen,

---

[1]) Jedes Durchbrechen der Rechtsordnung ist ein Mißbrauch der dem einzelnen Gliede der Staatsgenossenschaft belassenen persönlicheu Freiheit, es ist daher nur konsequent, daß dem Rechtsbrecher die Freiheit benommen wird; er wird gestraft an dem, womit er gesündigt hat. Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde S. 222.

[2]) Überhaupt steht sogar Mittelstädt, der Verfasser der Abhandlung „Gegen die Freiheitsstrafe", auf dem Standpunkte der Zweckstrafe (G. S. XLVII, S. 19), obgleich er es in Abrede stellt.

[3]) In addition to imprisonment the criminal law uses such methods as hanging, fining, sureties, conditional condemnation, reformatory, and

daß die Strafe von den niedrigsten bis zu den höchsten Gesellschaftskreisen hinauf den Charakter der Rache, der Wiedervergeltung trägt, sie folgt stets der Tat als natürliche Reaktion Schritt für Schritt mechanisch nach; auch wenn sie normiert und geregelt ist, verliert sie ihren Charakter nicht. Indessen tritt die Partei der Neuerer auf und sagt: Zweck der Strafe ist Schutz der Gesellschaft, die Strafe ist daher nur eines der Mittel der Kriminalpolitik, welche wiederum ein Teil der Sozialpolitik ist, und weil letztere den Gemeinnutzen als ihr höchstes Ideal ansieht, muß auch die Strafe sich nach dieser Regel richten. Natürliche Konsequenz dieser Beweisführung wäre ferner folgender Schluß: Wenn es sich also zeigen sollte, daß die Anwendung der Strafe in einem gegebenen Falle der Gesellschaft Schaden brächte, dann müßte man von der Strafe keine Anwendung machen, man müßte überhaupt auf den Akt gesellschaftlicher Wiedervergeltung verzichten.

So bilden also die nach einer vollständigen Abschaffung der Strafe (in gewissen Fällen) strebenden Theorien und Gesetze in der Geschichte der Strafevolution eine Epoche; die Gesellschaft soll nicht nur keine sinnwidrige Rache nehmen, und das Prinzip der geregelten, der sogenannten gerechten Wiedervergeltung zur Anwendung bringen, sondern sie soll über jede Reaktion überhaupt erhaben sein.

Bei der Beurteilung der Theorie der Zweckstrafe muß man die weitergehenden Theorien der gänzlichen Verzichtleistung auf jede Strafe von der ersten abgrenzen, und bei der Gruppierung der Kriminalisten in Klassiker und Positivisten muß uns zuerst die erste, wenn diese jedoch erfolglos bliebe, dann müssen erst die zweiten zum Prüfstein dienen.

Um die Postulate der Zweckstrafe und den Standpunkt entsprechender Konstruktionen, der Strafe, die ihrem Wesen nach

---

industrial schools, private homes for juveniles and so on. In the year 1868 to 1869 the number of convictions in the courts of summary jurisdiction in England and Wales amounted to 372.707 and out of this number 95.263 or 25 percent, were imprisoned. In the year 1887—1888 no less than 538.930 convictions were recorded but out of this number only 78.438 or 14 percent, were imprisoned. W. D. Morrisson, The study of crime. Mind. (1892, S. 493). Vgl. auch die wesentlich übereinstimmenden Ausführungen Aschrotts. Z XVII, S. 48 ff.

Vergeltung ist, gegenüber begreifen zu können, müssen wir die Evolution der kriminalpolitischen Idee ins Auge fassen, denn auf diesem Grunde werden die modernen Tendenzen reliefartig hervortreten.

Die kriminalpolitischen Ideen, welche die Strafe im Kampfe mit dem Verbrechen als Waffe gebrauchen, sind keineswegs ein Produkt der Neuzeit, obgleich sie erst jetzt in den Schriften der fortschrittlichen Kriminalisten mehr zum Ausdrucke gebracht wurden. Unzweifelhaft ist die Ansicht, daß die blinde Wiedervergeltung zwar eine gerechte Reaktion der Genossenschaft ist, daß doch dieselbe in gewisse Formen, welche eher den Zweck des Gemeinnutzens erreichen würden, gekleidet werden kann, später als die Strafe selbst, die doch das ursprüngliche Phänomen bleibt, zum Vorschein kommen muß. Folgender Vergleich diene uns zur Beleuchtung: Eine heilende Wunde ruft das Jucken hervor, unser erster Trieb ist die juckende Stelle zu kratzen, doch die Erfahrung lehrt, daß das Kratzen nicht hilft, denn das Jucken hört dadurch nicht auf, und infolge desselben entzündet die Wunde sich, darum geben wir unserem Trieb eine rationelle Richtung. Anstatt die wunde Stelle zu kratzen, befeuchten wir dieselbe mit vom reinen, warmen Wasser durchtränkter, hygienischer Watte, und die Wunde heilt schneller, das Jucken nimmt ab.

So ist auch die ursprüngliche Strafe nur eine blinde Reaktion (Lynch); erst im Laufe der Zeit versucht die Gesellschaft ihr auf verschiedene Art zweckentsprechende Grenzen zu ziehen.

Vor allem müssen wir bei unserer Forschung die Idee der sogenannten Reinigung (l'oeuvre séculaire d'épuration Garofalo) ausschließen, d. i. die Verbannung oder die Beseitigung eines zum ersten Mal bestraften Verbrechers, denn bei der Anwendung eines so gewaltigen Vergeltungsmittels ist die Auffindung der kriminalpolitischen Idee und die Trennung derselben von der reinen Vergeltung rein unmöglich.

Die Bestrafung des Verbrechers — Anfängers — kann zwar Merkmale der Zweckmäßigkeit an sich tragen, sie kann jedoch ebenso nur ein Mittel blinder Rache sein. Ganz anders verhält sich die Sache bei der Behandlung der Rezidivisten.

Die Bekämpfung des Rückfalls ist die Losung der Neuerer. Der Satz, den Liszt den auf dem Pönitentiarkongreß zu Peters-

burg (1889) Versammelten hinwarf: La politique criminelle de nos jours peut être résumée en deux problèmes, dont la solution ne peut plus être ajournée: combattre la récidive et sauver les criminels d'occasion erscholl in Paris mit lautem Echo als ein, keinem Zweifel unterworfenes, Axiom (1895).

Und kann sich unser XIX. Jahrhundert und unsere Kultur das Recht des ausschließlichen Patents auf diesen Grundsatz zuschreiben? Meiner Meinung nach — nicht.

Es gilt fast bei allen, auf einer niedrigen Kulturstufe stehenden Völkern als Norm, daß die Strafe nach jedesmaligem Rückfall in arithmetischer Progression wächst und oft schließt sie schon nach dem dritten oder vierten Wiederholungsfalle gerade damit, was die Kriminalpolitiker eigentlich anstreben, mit der Elimination (Verbannung, Tod).[1])

Ebenfalls finden wir bei den halbzivilisierten Völkern jene Anpassung al ambiente sociale darin, daß man einem solchen Individuum die Möglichkeit des Schädlichwerdens benimmt, welche Anpassung auch auf der Fahne der Neuerer geschrieben steht. Diesen Zweck erfüllen die auf der ganzen Erdkugel allgemein bekannten expressiven Strafen (peines expressives), welche darauf beruhen, daß man dem Individuum jenes Körperglied verstümmelt, mit welchem er gesündigt hat (und nicht jenes, welches jemandem Schaden brachte, denn dies wäre eine blinde Wiedervergeltung): der der Notzucht Schuldige wird kastriert, dem Meineidigen haut man die Hand oder die Finger ab, dem Verräter eines Amtsgeheimnisses reißt man die Zunge aus, den Dieb erwartet das Ausstechen der Augen oder die Amputation der Hände usw.[2])

Auch die bei Liszt[3]) hoch im Ansehen stehenden indeterminate sentences sind nicht neu; man kann sie bei den auf einer niedrigeren Kulturstufe stehenden Völkern antreffen, -- der Verbrecher wird solange eingesperrt, bis dessen Besserung eintritt.

So sind also die relativen Straftheorien, die der Strafe bestimmte Zwecke vorschreiben, insbesondere die charakteristischsten

---

[1]) Post, Bausteine I, S. 253 f., Afrik. Jurispr. II, S. 90 f. Kohler, Über das islamit. Str. R. Gerichtssaal XLI, S. 305, 314. Wilda S. 882. Amira, Das altnorweg. Vollstreckungsverfahren S. 167.

[2]) Wegen weiterer Beispiele und Literatur verweise ich auf mein „Das Wesen des Verbrechens" S. 224 f. u. „Einführung" S. 227 ff.

[3]) Mitt. der J. K. V. IV, S. 142 f.

und verbreitetsten: die Abschreckung und Besserung, welche die Idee des Grotius, ne peccetur, weiter entwickeln, nichts anderes, als die Bildung eines Systems auf Grund der gesunden, seit langem in der Gesellschaft schlummernden Instinkte.

Und nun müssen wir die Frage erörtern, ob die sogenannte Zweckstrafe das Kriterium der „Positivisten" bildet.

Vom historischen Standpunkte aus müssen wir feststellen, daß schon lange vor dem Auftauchen des Werkes Lombrosos L'uomo delinquente, das jedenfalls neue Richtungen in der Strafrechtswissenschaft angeregt hat, Romagnosi mit seiner Notwehrtheorie (identisch mit der modernen difesa sociale), und Feuerbach mit der Theorie des Abschreckens auftraten, daß ferner demselben die Systeme der Besserung Roeders, Krauses, Ahrens', Polettis vorausgingen, daß schon im Jahre 1867 Roeder, welchen kaum jemand für einen Positivisten ansehen wird, in der Vorrede seines Werkes „Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren Widersprüchen" mit einem Ferris oder Garofalos würdigen Eifer, die Notwendigkeit, der gründlichen Umgestaltung eines verrotteten Strafrechtes erwähnt; wer begriff besser das kriminal-politische Postulat als der Holländer Modermann (1864), welcher sagt: „Es steht fest, daß das Verbrechen selbst den tätlichen Beweis von dem Dasein eines sicher, nichts weniger als sittlich freien Zustandes liefert, daß der Täter ebenfalls durch Strafe unschädlich gemacht und zu einem besseren sittlichen Zustand gebracht werden muß.[1])

Ich glaube daher, daß, falls wir irgend welchem von den modernen Kriminalisten oder auch einer ganzen Gruppe derselben, das Verdienst, gesunde Ideen bezüglich der Zweckstrafe geschaffen zu haben, zuerkennen, wir der Vergangenheit Unrecht täten, und darum bestehe ich fest bei der Behauptung, welche meiner Ansicht nach auf keinen Widerspruch stoßen wird, daß der Prüfstein der Zweckstrafe unsere Erwartung täuschte, denn er ließ uns den Hauptunterschied in der Beurteilung der Strafe der Klassiker von der „der Positivisten" nicht erkennen.[2])

---

[1]) Vgl. Vargha, Abschaffung, I. B., S. 131, Anm. 5.

[2]) Den Beweis hierfür, daß unsere Behauptung keineswegs subjektive Ansicht sei, liefert uns die sehr charakteristische Erklärung des Senators Zakrewsky von Charkow. Zakrewsky griff auf dem III. kriminal-anthropol.

Wir erwähnten schon früher, daß die gänzliche Befreiung des Verbrechers von der Strafe in dem Falle, wenn das Strafausmaß der Gesellschaft Schaden bringen sollte, eine extreme Konsequenz der kriminalpolitischen Grundsätze der Zweckstrafe sei. Unter dieser Strafbefreiung verstehen wir nicht jenes vierte Stadium des Croftonschen Gefängnissystems, das auf der bedingten Befreiung von der übrigen Strafe (vgl. das sogenannte ticket of leave) beruht, sondern das gänzliche Nichtausmaß derselben in keiner Form. Wir haben hier mit zwei Systemen zu tun: mit der Begnadigung und der sogenannten bedingten Verurteilung. Der Ausgangspunkt für beide ist der nämliche.[1])

Eine blinde Gerechtigkeit hört auf, Gerechtigkeit zu sein, und inwieweit wir selbe mit der Regel eines allgemeinen Nutzens identifizieren, verfehlt sie ihre Bestimmung; darum mußte man ein anderes, elastisches Element unbedingt einführen, und diesen Zweck erfüllen die beiden vorerwähnten Institutionen.

Es wäre wieder die Meinung falsch, als ob erst eine geniale Invention irgend eines Gelehrten oder eines Staatsmannes diese Rechtskonstruktionen gezeugt hätte. Ihre Anfänge können wir vielmehr auf einer bedeutend niedrigeren Kulturstufe vorfinden.

Die Begnadigung erzwingt sich erst nach langen Kämpfen ihre Anerkennung, denn sie widerspricht dem Grundsatze, daß der

---

Kongreß zu Brüssel seinen in ganz Europa wegen seiner unabhängigen Ansichten allgemein geachteten Landsmann Drill an, und zwar gerade wegen dessen fortschrittlicher Ansichten, warf ihm vor (nach dem Bericht Rosenfelds Z XIII, S. 176): Drills Ansichten sind revolutionär, mit ihnen würde man das Strafrecht umstürzen, statt es zu bessern. Der nämliche Zakrewsky, der Drill und mit ihm zugleich die fortschrittliche Tendenz in der Kriminalistik verdammte, erklärt, daß er nicht begreifen könne, weshalb Liszt einen so großen Nachdruck auf die Zweckstrafe legt, da doch auch die Klassiker auf demselben Standpunkte stehen. Les classiques modernes les plus endurcis n'ont véritablement en vue que l'utilité de la peine; si on parle encore d'expiation après la laicisation de nos sociétés modernes, c'est un langage qui ne correspond plus à une idée concrète et à la réalité des faits (Arch. d'Anthrop. crimin. IX. v. J. 1894, S. 30.)

[1]) Sehr treffend, obgleich nur passim, bemerkt dasselbe Zucker. Einige dringende Reformen S. 38, ähnlich auch der italienische Minister Bonaci in seinen Motiven zu der Gesetzesvorlage über die bedingte Verurteilung; Bonaci treibt die Analogie zu weit, wogegen Frassatti mit Recht polemisiert, vgl. die bedingte Verurteilung in Italien, Z XII, S. 31 f.

Urteilsspruch des das Urteil fällenden Fürsten (auf diesem Standpunkt stehen die auf einer noch sehr niedrigen Kulturstufe sich befindenden Völker) heilig sei, und darum auch durch den Fürsten selbst nicht geändert werden kann.

Von diesem Standpunkt geht der Osten aus, und somit auch das arische Recht, das indische, griechische und römische Recht,[1]) welches lange Zeit hindurch der neuen Institution, die doch den Grundsatz einer mechanischen Wiedervergeltung umwälzen sollte, Widerstand leistete, was jedoch alles nicht hindert, daß sich die Beispiele einer Begnadigung auf einer höheren Kulturstufe, bei der Zunahme der Macht des Herrschers immer häufiger ereignen (in Rom während der Kaiserzeit, in China, Japan, im islamitischen Rechte, Montenegro).[2])

Auch die bedingte Verurteilung kommt schon bei den halbzivilisierten Völkern zum Vorschein, die Rothäute in Michoacan[3]) kennen schon diese Institution, dieselbe wurde im alten Ungarn im XVI. und XVII. Jahrhundert[4]) praktisch angewendet, ebenso auch im Augsburger Rechte.[5])

Die reine Begnadigung verliert oft in der Praxis ihren rationellen Charakter und nimmt das Merkmal politischer Thronprärogative an (eine allgemeine Amnestie aus Anlaß der Krönung, der Geburt des Thronfolgers u. dgl. Ereignisse),[6]) oder sie geht überhaupt zu weit (Einstellung der Untersuchung vor dem Urteilsspruch). Die bedingte Verurteilung hat vor der etwa verwandten Begnadigung den Vorzug, daß sie der Richter, dem ein gegebener Fall aus unmittelbarer Anschauung genau bekannt ist, der Handlung anpaßt, und daß dieser Vorgang nicht die Befreiung von der

---

[1]) Kohler, Shakespeare S. 112 bis 118.

[2]) Vgl. Post, Grundriß der ethnol. Jurisprudenz II, S. 313.

[3]) Post, Grundriß I, S. 314. Kohler, D. Recht der Azteken Z XI, S. 83.

[4]) Gruber, Bedingte Urteile aus der alten ungarischen Rechtspraxis Mitt. d. J. K. V. IV, S. 107 bis 113.

[5]) Es ist (im Augsburger Recht) eine Verurteilung dispensiert nach Glaubhaftmachung, daß man nicht wieder delinquieren werde. Caspar, Darstellung des strafrechtlichen Inhaltes des Schwabensp. u. d. Augsb. Stadtrechtes S. 84.

[6]) Sehr zutreffend müssen wir die Einrichtung der Engländer nennen, wonach der Staatssekretär des Innern die Begnadigung eigenmächtig entscheidet. Vgl. Schuster, Liszt. (Vgl. Str. G. G. S. 99, 630.)

Strafe in bianco bedeutet, sondern mit Vorbehalt der Möglichkeit, im Falle der Täter sich dessen unwürdig erweist, den Entschluß rückgängig zu machen.

Als originellen Übergang von der Begnadigung zur bedingten Verurteilung müssen wir die in Deutschland durch Erlässe neu ins Leben gerufene Institution (sächsischer Ministerialerlaß vom 25. März 1895, königlich preußischer Ministerialerlaß vom 23. Oktober 1895 usw.)[1]) bezeichnen.

Der Richter verurteilt, und der das Urteil vollziehenden Behörde steht das Recht zu, den Antrag zu stellen, die Abbüßung der Strafe auf längere Zeit aufzuschieben; nach Ablauf einer längeren, von vornherein bestimmten Frist kann bei einer in jeder Hinsicht untadelhaften Aufführung des Verurteilten die Begnadigung eintreten. Überdies ist noch eine bedingte Auflassung der Untersuchung auf Antrag des Staatsanwalts möglich, welches letztere uns an das System des Staates Massachusetts erinnert, wo das Urteil erst dann gefällt wird, wenn die probation officers erkennen, daß das vor ihnen stehende Individuum ihrer Berücksichtigung nicht würdig ist.[2])

Wir glauben also, daß wir jedenfalls Grund haben, um zwischen diesen beiden Institutionen: der Begnadigung und der bedingten Verurteilung, eine nahe Verwandtschaft zu sehen und in beiden dieselbe Grundidee zu erblicken, nämlich: „falls das Ge-

---

1) Erwähnt in den Mitt. der J. K. V. V, S. 528 bis 539, VI, S. 55 f. Charakteristisch ist die Ängstlichkeit, welche die Regierungen gelegentlich der Einführung neuer Institutionen zeigen. Es genügt uns zu erwähnen, daß auch Österreich bei der Einführung der Institution Croftons den entsprechenden Weg der Begnadigung einschlug (bedingte Befreiung von dem Rest der Strafe, vgl. Erlaß des Justizministeriums vom 3. Januar 1866. Kaserer, Handbuch der österr. Justizverwaltung III, S. 410). Erst hinsichtlich der Zwangsarbeitsanstalten wurde diese Sache gesetzlich, ohne jeden Beisatz, ohne irgend welches Element der Gnade normiert (vgl. § 9 Ges. v. 24. Januar 1885, Z 90 R. G. B.).

2) Die Regierungen der deutschen Kleinstaaten begriffen klar die Bedeutung der ins Leben gerufenen Institution: in dem halboffiziellen preußischen Kommunikat findet sich folgender Passus vor: Aus Vorstehendem ist ersichtlich, daß die dargestellte Neuerung die praktische Durchführung des Grundgedankens der sogenannten „bedingten Verurteilung" bezweckt (ebenda S. 538). Vgl. VI, S. 55. (Hessen.)

meinwohl es erheischt, soll man die Strafe nicht vollziehen,[1] die mechanische, unerbittliche Wiedervergeltung ist ein Unsinn."

Aus allem dem müssen wir feststellen, daß die in der Vergeltungsidee eine so wichtige Epoche bildenden, dieselbe geradezu vernichtenden Institutionen bei der Gruppierung der Kriminalisten in Klassiker und Positivisten ein prinzipielles Kriterium bilden können. Das Merkmal eines Klassikers soll das Ausharren bei einer konsequenten Wiedervergeltung, das des Positivisten dagegen der Schutz des Gemeinwohles vor einer sinnlosen Schablone sein.

Wenn wir uns im Geiste zu den Anfängen des XIX. Jahrhunderts und der modernen Kriminalistik rückversetzen, zu jener Geistestätigkeit, welche die ersten Systeme aufbaut, welche deswegen, daß sie eben erst zum Vorschein kommen, in allem Detail nach konsequent sich ziehender Idee vollendet und ausschattiert sind, ohne Spur von Kompromiß und Konzession bleiben, so begegnen wir in der Tat einer starken Opposition dem oben erwähnten Grundsatz, sich ausnahmsweise gänzlich von der Bestrafung zu enthalten, gegenüber — und es konnte doch damals nur die Rede von der Begnadigung sein.

Schon Beccaria ist, obgleich in einer mäßigen, doch ganz entschiedenen Form ein Gegner der Begnadigung,[2] sein nicht minder konsequenter Zeitgenosse Filangieri bekämpft in einer viel schärferen Art diese Institution als ein gefährliches Thronprivilegium,[3] Kant, der seiner Vergeltungstheorie treu bleibt, sieht

---

[1]) In den erwähnten deutschen Kommunikaten finden wir folgende, ausdrückliche Erwähnungen: in manchen Fällen die Nichtvollstreckung der Strafe (ist) nicht nur diesem (dem Verurteilten), sondern auch dem Gemeinwohle förderlicher, als der Strafvollzug (S. 537) für Jugendliche (und ausnahmsweise für Erwachsene) kann sich ein längerer Strafaufschub ... mit der Möglichkeit der Bewährung und der Aussicht auf einen künftigen Gnadenakt als den Interessen der Rechtspflege förderlicher darstellen (S. 531).

[2]) La clemenza dunque, quella virtù che è stata talvolta per un sovrano il supplimento di tutti i doveri del trono, dovrebbe esser esclusa in una perfetta legislazione in cui le pene fossero dolci ed il metodo di giudicare regolare e spedito (Dei delitti e delle pene § XX).

[3]) Ce droit, dont l'exercice appartient à peine à la souveraineté ... L'ami du seigneur ... est sûr de l'impunité, parce qu'il sait, que sa condam nation sera bientôt suivie de la grâce, (La science de la législation III, p. 256). Daß Filangieri wichtige Gründe zum Auftreten gegen die Mißbräuche (jedoch nicht gegen die Institution) hatte, beweisen genügend die Ansichten

in derselben das Recht des Souveräns Unrecht tun zu können,[1] und selbst Feuerbach[2]) ist prinzipiell ein Gegner dieser Ausnahmen von der Regel, in seinen Schriften jedoch beginnt er den letzteren sich zuzuneigen — der große Gesetzgeber hört auf, Doktrinär zu sein, und obgleich ein Gegner der Theorie, rechnet er doch mit dem Leben.

Eine Spur vom Opportunismus Feuerbachs verrät auch die ganze moderne Kriminalistik, und geht auf die Begnadigung,[3] die nach Iherings Ansicht Selbstkorrektur der Gerechtigkeit, Sicherheitsventil des Rechtes ist, ohne Unterschied des „Lagers" ein, ein Spiritualist, wie Kohler, schreibt selbst eine vollständige Apotheose dieser Institution.[4]

Anders verhält sich die Sache mit der sogenannten bedingten Verurteilung; es ist sonderbar, daß jene Verfasser, welche auf das Recht des Souveräns, den Verbrecher von der Strafe in bianco zu befreien, ohne mit ihm unmittelbar zusammengekommen zu sein oder sich mit seiner verbrecherischen Gesinnung bekannt gemacht zu haben, eingehen, und doch die Autorität des Richters nicht anerkennen wollen, der doch die strafbare Handlung genau genug kennt, um die eventuelle Vollziehung der Strafe über dem Schuldigen als ein Damoklesschwert schweben lassen zu können. Sie verwerfen also die, was das Genus anbelangt, identische, als Spezies höher stehende Konstruktion. Die Beweggründe hierzu können wir zwar finden, doch finden wir selbe nicht in der Insti-

von Clarus. Zu vergleichen l. V § fin. qu. 60 Nr. 35: in supremo principe non est inconveniens, ut quandoque ... amico suo poenam indulgeat (bei Kohler, Studien III, S. 312).

[1]) Das Begnadigungsrecht (ius aggratiandi) für den Verbrecher, entweder der Milderung oder gänzlichen Erlassung der Strafe ist wohl unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste, um den Glanz einer Hoheit zu beweisen und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu tun (Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 206).

[2]) Lehrbuch des deutsch. peinl. Rechtes § 63.

[3]) Vgl. Liszt, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 272. Finger, Strafrecht, I. B., S. 322 f. Hugo Meyer, Lehrbuch, 4. Aufl., S. 390 f. Charakteristisch ist der Ausspruch Bindings I, S. 860. Es wirken die Gesetze nach Art vernünftiger Regeln meist vernünftig — in einzelnen Fällen aber volkswidrig. Somit wird die Gnade nicht im Interesse des Begnadigten, sondern in dem der Gerechtigkeit und des Staates erteilt.

[4]) Shakespeare.

tution selbst, sie liegen tiefer in der menschlichen Natur begründet; diese Schriftsteller fanden, als sie auf dem Kampfplatze der Kriminalistik auftraten, die Begnadigung als ein schon eingebürgertes, durch langjährige Praxis bewährtes System vor als einen Teil des den Monarchen umstrahlenden Nimbus, und die sursis d'éxecution de la peine tritt zwar in der Rechtsgeschichte sporadisch auf, größere Bedeutung gewinnt sie erst im Jahre 1878 im Staate Massachusets.[1]) Die Neuheit hat aber keinen Reiz für die Gelehrten, daher kann man das Auftauchen der Opposition gegen die rationelle Entwicklung und Verbesserung des Bestehenden nur vom psychologischen Standpunkte aus mit dem Misoneismus erklären.

Wir vergaßen jedoch einen Schriftsteller, der in der Verbindung konträrer Dinge sein Vergnügen fand, der die juridische Mosaik liebte, zu erwähnen, nämlich Merkel.

Ist es aber für einen Kriminalisten, der Gegner der Zweckstrafe und zugleich Determinist ist, schwer, Anhänger der rücksichtslosen Wiedervergeltung zu sein, und dabei doch auf die bedingte Ablassung von dem Vollzug der Strafe einzugehen? Darum sieht er auch darin tatsächlich kein Hindernis der Einführung der Institution der bedingten Verurteilung ungeachtet dessen, daß die bisherige Gesetzgebung übrigens unbedingt auf dem Standpunkte der Wiedervergeltung festbesteht, wenn nur diese Reform mit gehöriger Vorsichtigkeit durchgeführt wird.[2]) Man darf auch nicht vergessen, daß der Urheber des französischen Gesetzes von der sogenannten condamnation conditionelle, der Senator Béranger, ein Moralist mit spiritualistischer Weltanschauung ist.

Darum sind die Anhänger der Vergeltungsstrafe in der Durchführung der Ausnahme von der Regel einig, nur bezüglich ihrer Form herrscht unter ihnen Streit; für die einen ist die Begnadigung die einzig mögliche Konzession, die anderen wollen sich sogar mit ihren neuesten, modernsten Konsequenzen zufriedenstellen.

Wo bleiben also die Klassiker? Alle modernen Kriminalisten begrüßen mit Freude in der Strafe den Zweckgedanken, alle er-

---

[1]) Mitt. der J. K. V. V, S. 539, ihre Anfänge zu Boston 1869 tragen eher einen administrativen Charakter (vgl. Pessin im Rapport f. d. V. Penit. Kongr. VIII. quest. S. 29).

[2]) Zeitschr. f. Schweizer Str. R. VIII, S. 8 f., vgl. Birkmeyer, Z XVI, S. 317.

kennen die Notwendigkeit des elastischen Faktors, welcher die Gnade ist, an; soll etwa darum nur die Furcht vor den letzten Konsequenzen über den Klassizismus entscheiden? In solchem Falle wollen wir lieber die modernen Schriftsteller in entschlossene und ängstliche scheiden, und dann ist Merkel gewiß ein „Positivist".

Den Schlüssel zur Lösung dieses Rätsels, den Lichtstrahl zur Beleuchtung des finsteren Chaos der Begriffe und Losungen, gab uns, ohne es vielleicht zu wissen, Zakrewsky durch Anwendung des Ausdruckes les classiques modernes, dieses moderne wurde zum mörderischen Werkzeug für das classique, denn dadurch entstand einfach contradictio in adjecto.

Die Klassiker segeln nun, nachdem sie den konsequenten Standpunkt der Vergeltung Kants, Beccarias und Filangieris verworfen hatten, in dem reißenden Fahrwasser der opportunistischen Konzessionen dem Utilitarismus gegenüber, vor den Schlußfolgerungen à outrance ziehen sie sich zurück, doch das, was sie bisher geschrieben und behauptet haben, genügte, um dem Forscher die Auffindung der Demarkationslinie zwischen der alten und der neuen Schule, den Klassikern und den „Positivisten" unmöglich zu machen.

Dritter Abschnitt.

Charakteristisch für die Geistestätigkeit unseres Jahrhunderts ist das Streben, mit jeder Illusion, mit jeder Täuschung, die, dem die Wahrheit suchenden, forschenden Blick die Wirklichkeit verhüllt, zu brechen, und die Erscheinungen so aufzufassen, wie sie in der Wirklichkeit aussehen. Diese Tendenzen spiegeln sich in der Belletristik in der Form des Realismus ab, welcher auf langjähriger Forschung des gesellschaftlichen Bodens, auf dem die Aktion (Zola) sich entrollen soll, auf mühevollen archäologisch-historischen Forschungen (wie Flaubert zu seiner Salammbô), aufgebaut ist. Wir wollen die Dinge, so wie sie sind, sehen, selbst wenn wir dadurch die idealistische Weltanschauung einbüßen sollten. Taine reißt Napoleon die Strahlenkrone seiner Größe vom Haupte, reduziert seinen Ruhm zu den Taten eines condottiere, Renan sucht wieder Christo seinen göttlichen Charakter abzusprechen. Die Idee der Gottheit leitet man aus dem Bedürfnisse der menschlichen Seele ab, und die Entstehung der Religion erklärt man aus dem Ahnenkultus und dem stufenweisen Passieren

verschiedener Entwicklungsphasen, wie des Animismus, Fetischismus, Schamanismus, bis sich endlich die Idee von einem Allerhöchsten Wesen in Form von Deismus oder endlich von Phantheismus herausbildet; in dieser fieberhaften Forschung scheint ein gewisser Grad des Tragismus jenes das verschleierte Bild zu Saïs enthüllenden Wagehalses durch.[1])

Mitten in dieser modernen Bewegung spielen die Naturlehren zweifellos die erste Rolle, sie geben unseren Kenntnissen von der menschlichen Psyche (Physiologie) einen neuen Grund, und drängen den zeitgenössischen Forschungen mittels der Suggestion die Induktionsmethode auf. Die moderne Soziologie unterscheidet sich grundsätzlich von der Gesellschaftsphilosophie der Autoren älteren Datums (selbst z. B. Lorenz' v. Stein).

Die ethnologischen Daten einerseits und die statistischen anderseits sollen uns neues Licht auf die Bildung der Verhältnisse werfen. Dieser erhabene, auch die soziologischen Forscher faszinierende Standpunkt der Naturwissenschaften prägt sich selbst den Bücherüberschriften auf. Quetelet schreibt Essai de physique sociale, Schäffle den Bau und das Leben des sozialen Körpers, Lilienfeld die soziale Pathologie, soziale Psychophysik und Physiologie. Daß bei diesem Aufgreifen der in eine ganz andere Kategorie gehörigen Naturerscheinungen vieles übertrieben wird, unterliegt keinem Zweifel, anderseits ist es gewiß, daß die Induktion, höchstens von der Deduktion begleitet (le chercheur qui ne sait pas ce qu'il cherche, ne comprend pas ce qu'il trouve, sagt Claude Bernard), heute als die einzige Lehrmethode angesehen wird,

[1]) Wenn ich die Tendenz der modernen Geistestätigkeit charakterisiere, sei es fern von mir, daß ich vorspiegeln wollte, als ob die Wissenschaft imstande wäre, alle Rätsel zu lösen (Berthelot), anderseits hege ich nicht die Absicht, den Bankerott der Wissenschaft zu bejammern (Brunetière). Wir müssen uns darin einigen, daß die Wissenschaft innerhalb gewisser Grenzen liege (wenngleich auch nicht in so engen, wie sie Abbé Jules Martin zieht: Tout ce qu'il (le savant) peut, c'est de constater la simple existence d'un rapport entre diverses réalités extérieures (Revue philosoph. 1896, Nr. 8, p. 153), daß außer ihr auch die Methaphysik das Recht des Daseins hat. Dieser Standpunkt wird niemandem den Eifer zu dem ihm vorbezeichneten Studium nehmen, sondern macht uns vielmehr vorsichtiger bei der Aufstellung kühner Horoskope hinsichtlich der künftigen Stellung der Wissenschaft und hält uns vom Betreten eines Gebietes, wo das l'inconnaissable beginnt, zurück.

daß auf allen Gebieten menschlicher Geistestätigkeit eine allgemeine Strömung vorherrscht, welche dahin strebt, mit den willkürlichen Konstruktionen auf den auf reiner Deduktion oder rein abstraktiver Spekulation aufgebauten Systemen zu brechen.

Wir können darin nichts Sonderbares erblicken, daß die mächtige Woge auch an die Fundamente des künstlich und phantastisch aufgebauten kriminalistischen Gebäudes anprallte und dadurch den kriminalistischen Realismus schuf. Dies mußte jedenfalls für die Zeitgenossen ein interessanter Anblick sein: vier Jahre nach Hegels Tode, der doch in dem Verbrechen die Negation des Rechtes und in der Strafe die Negation des Unrechtes, also Negation der Negation suchte, tritt Quetelet mit der Erklärung auf, daß das Verbrechen eine Gesellschaftserscheinung sei, die avec une regularité effrayante auftritt. Die Moralität in statistischer Darstellung (Oettingen, Drobisch, Starcke, Mayr) erwies sich so interessant, daß von nun an die Kriminalstatistik einen wichtigen Teil der Staatsstatistik bildet. Es entstehen nun die Fragen, welchen Einfluß die biologischen, die gesellschaftlichen und endlich auch die kosmischen Faktoren ausüben.

Die Berührung dieser Fragen ist keineswegs ein Verdienst der Kriminalisten, als ob jemand fälschlich glauben könnte, die „Positivisten" haben Fertiges vorgefunden. Es zeigte sich indes, daß auch das Alter, das Geschlecht, die Beschäftigung, Rasse, Vermögensverhältnisse sich in der Art und Spannung des Verbrechens zweifellos abspiegeln, nicht minder beeinflußt es auch die Jahreszeit und Temperatur.

Auf dem nun vorbereiteten Boden erscheint eine ganze Reihe phantastischer, mit Gelehrtheit gefärbter Bücher von Lombroso.[1])

Dieser Doktrinär legt bekanntlich auf die biologischen Faktoren einen so großen Wert, daß er zwischen dem äußeren anthropologischen Typus und gewissen physiologischen Eigentümlichkeiten einerseits und der Handlung des Individuums anderseits einen Zusammenhang erblickt. Ohne uns diesmal in eine überflüssige Polemik einzulassen, müssen wir bemerken, daß die übertriebene

---

[1]) Als die typische Blüte Lombrososcher Methode zeigt sich seine neueste Abhandlung: La funzione sociale del delitto, Palermo 1896, deren Quintessenz übrigens in der Idee, daß das Verbrechen nur eine Wohltat für die Gesellschaft sei, enthalten ist.

Schattierung dieser den Zusammenhang zwischen dem Verbrechen und seiner Vorbereitung, sowie auch, wenn wir uns so ausdrücken können, der Prädestination des Individuums zur Vollbringung desselben, hervorhebenden Methode, daß diese Schattierung, welche noch heute in Italien sich am Leben erhält, wo man aus den anthropologischen Ausmessungen die Zukunft des Kindes vorhersagt,[1]) heute übrigens einem vollständigen Bankerott anheimfiel, von dem sie weder Spezialkongresse,[2]) noch auch die Einbeziehung derselben durch Ferri und Colajanni in ihre Vorträge über die Kriminalsoziologie retten werden; ihr Urteil ist schon gefällt, die Geschichte der wissenschaftlichen Wunderdinge ist um eines reicher geworden.[3])

Jedoch vermag der Fall dieses *ἀνάλογον* zur Alchemie die Wahrhaftigkeit der Tatsache nicht zu vernichten, daß die hereditär belasteten, degenerierten Individuen, die vernachlässigte Jugend, mehr zum Verbrechen hinneigen, als die Normalindividuen, welche, als sie zur Welt kamen und mittels künstlicher Kultur eine genügende Anzahl positiver Triebe erhielten, noch vernichtet er die Wahrnehmung, daß zwischen dem Getreidepreise und der Anzahl der begangenen Diebstähle ein entgegengesetzes Verhältnis besteht (Diagramme Hector Dénis und Lafurgues), oder daß im Winter der Diebstahl, im Sommer dagegen Übertretungen gegen körperliche und geschlechtliche Sicherheit an der Tagesordnung sind, oder endlich, daß das Weib in dem unerlaubten Kampfe ums Dasein, nachdem sie der Prostitution gehuldigt hatte, durchschnittlich bloß 25% strafbarer Handlungen sich zu schulden kommen läßt.

Diese und ähnliche Erscheinungen beobachteten die Forscher, welche auf das Verbrechen nicht durch das streng juridische Prisma zu schauen suchten, sondern so, wie der Naturforscher gewisse Veränderungen in der Natur konstatiert.

Aus diesen Tatsachen folgt jedoch keinesfalls die Notwendigkeit eines gänzlichen Umsturzes im Strafrecht, wie man es oft bezeichnet; die Resultate dieser Forschungen sind zweifellos für

---

1) Vgl. Bartolo Longo, Quaranta figli di carcerati, 1895.

2) Der von den Kriminal-Anthropologen zu Genf im September 1897 abgehaltene Kongreß endet eigentlich mit einer vollständigen Niederlage beider Repräsentanten „des Typus", Lombrosos und Ferris.

3) Cerveau mal nourri, malheur, misère: voilà donc ce qui reste du type criminel. Tarde Phil. pén. 67.

die Sozialpolitik von großer Bedeutung, da sie mehr als bis jetzt bemüht sein wird, die Not und die schädlichen sanitären, das Verbrechen zeugenden Verhältnisse zu beseitigen, ferner auch für die Kriminalpolitik, welche dahin streben wird, um im Wege der Prävention die Ursachen des Bösen, die doch vorzugsweise in der schlechten Erziehung liegen, zu beheben (hierher gehören also jene sostitutivi penali von Ferri); für das Strafrecht haben die Erfolge der Statistik und der Observation nur einen Hilfswert. In der Tat berufen sich die neuen Reformprojekte, wie das der bedingten Verurteilung und der Strafverschärfung im Rückfallsfalle, auf statistische Daten, jedoch nicht zu dem Zwecke, um den Einfluß gewisser biologischen, gesellschaftlichen oder kosmischen Faktoren zu zeigen, sondern um einfach die Wertlosigkeit der bisherigen, ohne Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse des Verurteilten praktizierten Repression zu beweisen, und zwar auf die Weise, wie man am Vorabende der Tarifänderungen bei den Eisenbahnen den bisherigen Güterverkehr untersucht.

Anders würde sich die Sache gestalten, wenn wir das Dasein des anthropologischen Typus annehmen würden; in diesem Falle müßte das Strafrecht samt dem Prozesse zweifellos verschwinden und seinen Platz den Funktionen der sozialen Hygiene räumen; heute jedoch ist es sicher, daß von dieser Seite keine Gefahr drohe. Der Name „der Kriminal-Anthropologie" wird sich wahrscheinlich erhalten, jedoch wird sie nicht die Lehre von dem anthropologischen Typus des Verbrechers, sondern die Lehre von den biologischen, die Bildung der Geneigtheit zum Verbrechen begünstigenden Bedingungen bezeichnen.

Wir bestätigen also, daß die sogenannte positivistische Berücksichtigung des Verbrechers, der Ursachen und der Bedingungen seiner Handlungsweise, nichts an der klassischen Lehre von dem Verbrechen ändert, etwa so, wie der Beweis, daß das Zivilrecht die ökonomischen und gesellschaftlichen Verhältnisse beeinflußt, über die Abänderung dieser oder jener Gesetzesvorschrift nach Bedarf, nicht aber über die Umstürzung des ganzen Gebäudes der zivilrechtlichen Grundsätze entscheiden kann.[1])

---

[1]) Der Realismus im Strafrecht beschäftigt sich nicht nur mit dem Verbrecher vom anthropologischen Standpunkte, mit dem Verbrechen im Lichte der Soziologie (davon später), sondern hat auch sehr hohe Bedeutung für

Es wäre ohnedies eine irrige Ansicht, wenn jemand annehmen wollte, daß die Berücksichtigung der gesellschaftlichen und biologischen Bedingungen des Verbrechertums Monopol der Positivisten wäre, da wir doch schon darauf hinwiesen, daß das moderne, dem Klassizismus huldigende Gefängniswesen dieser Frage nicht fremd sei, und außerdem beginnen schon nicht nur die Praktiker, sondern auch die Theoretiker-Spiritualisten nach tiefer gelegenen Ursachen des Verbrechens zu suchen. So beweist neulich 1895 Abbé de Baets in seiner Abhandlung „les influences de la misère sur la criminalité" mit ganzer Rednermacht eines begeisterten Predigers, daß die Not mit einer unerbittlichen Konsequenz zum Verbrechen führt, anderseits verbirgt er keinesfalls seine straftheoretischen, vom Spiritualismus durchdrungenen Ansichten.[1])

Bei der Untersuchung der nächsten, viel grundsätzlicheren Frage sollten wir doch eine feste Gruppierung der kriminalistischen Verfasser erhalten: diese Frage lautet nämlich: was ist eigentlich das Verbrechen? Ältere Lehrer des Strafrechtes sahen in demselben die Verletzung entweder eines Gesetzes oder einer abstrakten Idee (des Rechtes, der Pflicht, des Absoluten, Gottes), oder den Bruch eines Gesellschaftsvertrages, oder endlich einfach eine strafwürdige Handlung, ohne weiter darauf einzugehen, warum dieser Handlung die Strafe folgt, warum diese Handlung das Gesetz verbietet, oder warum der menschliche Geist darin eine Beleidigung

---

die Lösung der technischen Fragen. Das Verbrechen ist, von diesem Standpunkt betrachtet, vor allem eine Handlung, und die Handlung wiederum eine gewollte Körperbewegung, darum kann man mit einer Handlung nicht mehrere Verbrechen, noch mit einer Körperbewegung mehrere Handlungen vollbringen. Dies ist zwar ein einfacher, und dabei doch eine vollständige Revolution in der Lehre von dem Zusammenflusse der Verbrechen (Verbrechenkonkurrenz) hervorrufender Standpunkt. Ferner kann die Unterlassung, da sie nicht Handlung ist, nicht kausal sein. (Umschwung auf dem Gebiete der sogenannten Kausalität der Unterlassung). Man kann weder vom rechtlichen Kausalzusammenhang sprechen, da doch nur ein Kausalzusammenhang besteht, noch auch von der juristischen Handlung, da es nur eine natürliche Handlung gibt.

[1]) ... elle (notre étude) embrasse toute violation grave du devoir, que celui-ci soit formulé en une loi positive, ou qu'il soit proclamé par la seule voix de la conscience, interprète d'une autorité plus haute: celle du Dieu qui fit la nature (9), anderswo begründet er (21) seine Beweise mit dem Dogma von der Willensfreiheit.

Gottes, des Absoluts oder ein Zuwiderhandeln dem ewigen Rechte, der Pflicht erblickt.

Im Gegensatz mit der so losgerissenen Formel fanden moderne, tiefer sehende Schriftsteller anderswo den Schwerpunkt; nämlich, das Verbrechen ist schädlich, darum wird es gestraft, darum verbietet es das Gesetz, darum widerspricht es dem Recht. Das ist der moderne Standpunkt. Können wir aber auch diejenigen, welche von diesem Standpunkte ausgehen, Positivisten nennen? Anders müßten wir auch Verfasser wie Bar, Berner, Carmignani, Schultze, Romagnosi, Kohler, Merkel, Hertz, H. Meyer, Ihering hierzu zählen.[1]) Es ist dies nicht ein Merkmal der Schule, sondern ein Beweis der Vertiefung, der kriminalistische Realismus; es ereignet sich ja auch im Leben manches Gelehrten ein Übergang von der leeren Phrase zur inhaltlichen Definition, so machte z. B. Hälschner in der Periode zwischen der Ausgabe des Systems des preußischen Strafrechtes und der Veröffentlichung des gemeinen deutschen Strafrechtes, was das Wesen der Strafe anbelangt, gleichfalls eine grundsätzliche Evolution durch.[2])

Anderseits gibt es Kriminalisten, welche für „Positivisten" gelten, obgleich sie in der Auffassung des Wesens des Verbrechens über das Äußerliche nicht hinaus gehen; hierher gehören z. B. Liszt[3]) und Sergjewsky.[4])

Ich meine nun, daß uns wiederum die Betrachtung des Wesens des Verbrechens in der Auffindung des Unterschiedes zwischen den Klassikern und den Positivisten nicht behilflich war.

Die Frage: „Was ist eigentlich das Wesen des Verbrechens" war für mich ein Ausgangspunkt für die Abhandlung „Das Wesen

---

[1]) Vgl. näher mein „Das Wesen des Verbrechens" S. 245 bis 251, außerdem Fingers Strafrecht I, S. 2 f., 21 f.

[2]) Wenn er in seinem ersten Werke (S. 434) sagt: „Die notwendige Folge des Widerspruches ist aber seine Lösung, die rechtliche Bedeutungslosigkeit, die dadurch anerkannt wird, daß die scheinbare Existenz des in sich Nichtigen vernichtet wird. Diese Lösung des Widerspruches, diese Tilgung des Nichtigen ist es, die wir als Strafe bezeichnen", so drückt er sich in seinem zweiten Werke (S. 558) ganz anders, und zwar viel deutlicher aus: „Strafe ist das den Menschen als gesetzliche Folge seines schuldhaften Verhaltens treffende Übel."

[3]) Lehrbuch, 7. Aufl., S. 96: Das vom Staate mit Strafe bedrohte Unrecht.

[4]) Bei Frassati: Die russische positive Schule (Z X, S. 621): eine Verletzung des Rechtes.

des Verbrechens". Da sie von seiten Prof. Ullmanns den Vorwurf herbeigezogen hat: „Es handelt sich hier um einen radikalen Bruch mit allen Anschauungen, von denen bisher bei Erörterung des Strafrechtsproblems ausgegangen wurde" (Zentralbl. f. R. W. XV. 10.300), so erlaube ich mir ins Auge zu fassen, was mich von den bisherigen Ausführungen scheidet. In den bisherigen Definitionen des Verbrechens als einer schädlichen Handlung, herrschte große Unklarheit betreffs der Frage, für wen eigentlich die Handlung schädlich sei: nach der Ansicht einiger (Kohler, Schultze) ist sie für die Menschlichkeit schädlich, nach anderen (Hertz) für die beschädigte Person, nach anderen endlich für die Gesellschaft (Berner, Carmignani, Bar, Romagnosi, Ferri, Hugo Meyer, Ihering).

Die letzte Deutung ist unserer Ansicht nach die entsprechendste; ihre schwache Seite jedoch steckt in der Schlüpfrigkeit und Unklarheit des Begriffes „der Gesellschaft". Dieser Mangel und diese Unklarheit bewogen mich zum Studium dieser Frage. Nicht die Gesellschaft, als ein Begriff, der verschiedene Deutungen zuläßt, sondern die soziale Gruppe (in praktischer Bedeutung die Verbindung zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes), selbst die kleinste Gruppe wurde für mich zum Ausgangspunkte, folglich das Verbrechen nicht eine streng juridische, im Staate nur stattfindende, sondern eine soziologische Erscheinung. Jede soziale Gruppe hat ihre Normen, ihre Reaktion wider die Verletzung der Normen, und ihre Verbrechen. Es ist aber hier nicht am Platze, die Einzelheiten dieser Theorie, ihre in Beziehung der unmoralischen Handlung zum Verbrechen stehenden Konsequenzen, die Kollisionen entsprechender Begriffe der verschiedenen nebeneinander bestehenden Gruppen zu entwickeln, doch sei uns zur Begründung unserer Ausführungen erlaubt, einen gebildeten, von Kants Spekulationen tief durchdrungenen Schriftsteller, sowie auch sein nach dem Erscheinen unserer Abhandlung herausgegebenes Werk, anzuführen: es ist dies der Romanist Stammler, und sein Buch, betitelt: „Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung." Dieses Buch ist polemisch angelegt, der Verfasser bezweckt hauptsächlich die Bekämpfung der philosophischen Grundlagen des Sozialismus. Neben diesen ziehen sich allgemeinsoziologische, für Stammler sehr wichtige Ansichten, nämlich: „Der Staat bildet bloß eine Unterabteilung von möglichem sozialen

Leben, eine Art von gesellschaftlichem Dasein der Menschen" (S. 114), soziales Leben ist äußerlich geregeltes Zusammenleben von Menschen (S. 90), es entstehen soziale Regeln als Normen eines äußerlich korrekten Verhaltens. Die äußerliche Regelung gibt rücksichtlich des normierten Verhaltens . . . das logische Prius ab. Sie ist dasjenige Moment im sozialen Dasein von Menschen, welches dieses als eigenartiges Ding konstituiert (S. 112), selbst die soziale Wirtschaft entwickelt sich in sozialen Gruppen nicht nur im Staat" (S. 193).

Dies sind also Ansichten eines aus der Schule der abstrakten Spekulation hervorgegangenen Philosophen; doch sie entsprechen vollkommen den Resultaten einer genauen Forschung und der wirklichen Bildung der Verhältnisse, sie sind auch in ihrem Prinzip mit dem soziologischen Ausgangspunkt meiner Theorie identisch.

Vereinigen wir also diese Beweisführung des Anhängers Kants mit dem einigermaßen klassischen, — denn „positivistisch" ausschließlich können wir ihn nicht bezeichnen, — Begriff des Verbrechens als einer für die Gesellschaft schädlichen Handlung, und wir erhalten meine Definition des Verbrechens.[1])

---

[1]) Prof. Oppenheim, der mit meinem Verbrechensbegriff auf 12 Druckseiten polemisiert (Kritisch. Vierteljahrsschr. 1896, 4. Heft, S. 563 ff.) hat meinen Ideengang doch nicht verstanden, er zieht gegen mich ins Feld als gegen Repräsentanten der „sogenannten Kriminalsoziologie, die zum Überbordwerfen des Schuldbegriffs . . . treibt". Und doch ist die Anklage grundlos. Ich habe zwar meine Abhandlung kriminalsoziologisch genannt, aber nur deswegen, weil sie das Verbrechen als soziale Erscheinung ins Auge faßt, als Produkt der Vergesellschaftung, denn Soziologie befaßt sich mit den Formen des gesellschaftlichen Zusammenseins, die Normen und ihre Verletzung sind seine natürliche Folge. Deswegen ist mein Standpunkt soziologisch, weil ich aber eben das Wesen des Verbrechens (crimen) ergründen wollte, ist mein Studium kriminalsoziologisch. Weit entfernt bin ich von jener italienischen Methode, welche in der Kriminalsoziologie alles mögliche vereint (vgl. unten).

Diese Verwechslung wurde für Oppenheim folgenschwer, er betrachtet meine Ausführungen vom Standpunkte des staatlichen Strafrechtes, als eine Art Zukunftsmusik und das sollten sie nie und nimmer sein. Ich wollte nur ergründen, was ist eigentlich der Kern des Verbrechens ohne Bezug auf Staat und geschriebenes Recht. Deswegen ist es verlorene Mühe, wenn Oppenheim mich über die Forderungen belehrt, welchen ein Verbrechensbegriff vom Standpunkte des staatlichen Strafrechtes aus Rechnung tragen soll.

1. „Die erste Forderung ist, daß nur eine Handlung . . . Verbrechen sein soll, im Gegensatz zur bloßen Gesinnung." Prof. Oppenheim wird doch

Eine natürliche Folge der These, daß das Verbrechen eine schädliche Handlung sei, ist die Definition des Verbrechers, als eines mehr oder weniger der sozialen Gruppe gefährlichen Individuums — diese Folgerung führt zur Aufstellung des Kriteriums der sogenannten temabilità, zur Lenkung unserer Aufmerksamkeit auf die innere Gesinnung des Täters, und — was damit in Verbindung steht — zur Durchführnng der Teilung der Verbrecher in solche, welche einer Besserung fähig, und in solche, welche derselben nicht fähig sind, der Kriminalität des Täters wieder in die akute und chronische. Temabilità als der Höhepunkt der Kriminalität soll nach Ansicht der Neuerer als Maß bei Beurteilung der Schuld und beim Strafmaße dienen.

Es hat den Anschein, als ob wir an eine derartige Hauptfrage gestoßen hätten, welche einen Abgrund zwischen dem Klassizismus und dem Positivismus bilden soll, denn die Vergeltungstheorie kann nicht der individuellen Gesinnung des Täters Rechnung

---

zugeben, daß es soziale Gruppen gibt, in welchen der animus hostilis Ausschlag gibt. (Rom, mittelalterliche Rechtsanalogien usw.). Daß ich das Moment der Handlung nicht außer acht lassen wollte, beweisen die ersten Worte der Definition „Das Verbrechen ist eine Handlung".

2. „Die zweite Forderung ist, daß Verbrechen nur eine rechtswidrige Handlung sein soll" nulla poena sine lege. Kennt der Baseler Strafrechtslehrer nicht die drei schweizerischen Kantone, wo es ein Gewohnheitsstrafrecht gibt, wo man von Fall zu Fall Verbrechensbegriffe aufsucht. Wenn wir auch in diesem Falle von „Rechtswidrigkeit" sprechen könnten, so fehlt dieselbe gewiß jenen Taten, welche in einer primitiven sozialen Gruppe (der Wilden) zum ersten Mal zum Vorschein kommen und doch bestraft werden. Es liegt mir fern, diese Verhältnisse als Muster zur Nachahmung zu empfehlen — aber es handelte sich bei meiner Definition darum, alle Formen, in welchen das Verbrechen auftritt, zu umfassen, alle zu berücksichtigen.

3. „Die dritte und vierte Forderung kommt darin zum Ausdruck, daß wir nur eine schuldhafte Handlung als Verbrechen gelten lassen wollen." Soll ich die Existenz der Erfolghaftung beweisen, die selbst in den modernen Strafgesetzbüchern ihre Reminiszenzen findet. (Vgl. Liszt, Lehrbuch, 7. Aufl. S. 141.)

4. Die fünfte Forderung endlich ist, daß nur eine Handlung, welche einen Angriff auf ein Schutzobjekt enthält und demgemäß das friedliche Zusammenleben der Menschen gefährdet, Verbrechen sein soll." Den Vorwurf, als ob ich dieser Forderung nicht gerecht wurde, habe ich doch nicht verdient. Die Darstellung der Evolution des sozialen Utilitarismus, also der Ansichten darüber, welche Güter zu beschützen sind, bildet doch einen großen Teil meines Buches.

tragen: Können in einer geringfügigen Übertretung alle Merkmale einer bodenlosen, im höchsten Grade gefährlichen Verderbnis, welche uns in der Zukunft die allerschlimmsten Folgen erwarten läßt, enthalten sein, die Vergeltung soll jedoch nur im Verhältnisse zur Handlung erfolgen, und umgekehrt, das Besondere, daß der Täter ganz unschuldiger Natur ist und nur fast zufällig dem Verbrechen anheimfiel, soll uns gleichgiltig sein. Kompromisse fehlen auch auf diesem Gebiete nicht. — Birkmeyer, den man für einen Klassiker hält, und der sich selbst für solchen erachtet, erklärt: „Wenn wir auch bei der Bestrafung in erster Linie nach der durch die Tat dokumentierten Schuld des Täters und nicht nach der Gefährlichkeit seiner Gesinnung fragen, so dürfte doch eine gerechte Vergeltung (?) erfordern, daß mehr, als es unser geltendes Recht tut, auf die Gesinnung des Täters gesehen wird."[1]) Dieser Absatz scheint wie von irgendeiner Abhandlung Liszts abgeschrieben zu sein.[2]) Dasselbe Kriterium wird für Kohler zur Grundlage für die Entscheidung der Frage bezüglich der Strafwürdigkeit des untauglichen Versuches.[3]) Ähnlichen Standpunkt bezüglich dieser letzten Frage nimmt auch Stooß ein, der doch sonst seine wissenschaftliche Unabhängigkeit besonders betont und sich unter keiner Bedingung zu den Positivisten zählt.[4])

Unsere Pflicht ist es nun, darauf hinzuweisen, daß aus dem nämlichen Grundsatze: temabilità einige Schriftsteller exzentrische Folgerungen ziehen, wodurch sie den Gelehrten — den Konservativen — die gewünschte Waffe in die Hand drücken, mit welcher sie diese mißlungenen und sonst allgemein mißachteten Ideen, als Quintessenz der neueren Reformbestrebungen als neue Horizonte mit aller Energie bekämpfen könnten. Diese Folgerungen sind zweifacher Art: praktische und theoretische. Die ersteren beruhen darauf, daß man die Strafkodexe als überflüssige überhaupt verwerfen und die Verbrecher ausschließlich nach ihrer temabilità richten soll, die andern dagegen, welche jene individuellen Eigenheiten des Verbrechers für wichtiger halten, verlangen statt des

1) Z. XVI, S. 327.

2) Z. B. Mitt. der J. K. V. IV, S. 138: Nach unserer Forderung dagegen soll die durch die Tat bewiesene Gesinnung des Täters den Ausschlag geben.

3) Studien aus d. Strafrecht I, S. 16 f.

4) Grundzüge des schweizer. Strafrechtes I, S. 218.

Strafrechtes die Kriminalsoziologie, welche nebstbei auch die Kriminalanthropologie umfassen soll — das Strafrecht soll im besten Falle nur einen Teil der Soziologie bilden.

In praktischer Richtung dient uns neben den Italienern Pedro Dorado (aus Salamanka) als Vorbild: La sociologie criminelle doit se préposer comme but constant de rendre au juge la liberté de décision, que les codes (pénaux) lui ont enlevée, la suppression de ces codes tout au moins comme obligatoires le rétablissement de l'arbitrage judiciaire proscrit.[1]) Liszt erachtet als möglich die Aufhebnng der Strafgesetze und den richterlichen Urteilsspruch nach dem einen Paragraph: „Jeder gemeingefährliche Mensch ist im Interesse der Gesamtheit so lange als möglich unschädlich zu machen."[2]) Ist das etwa Positivismus? Ich glaube kaum — das sind bloß freie Träumereien in Bellamys Stile.

Zur Geschichte gehört ebenfalls die Frage des Begriffes des systematischen Strafrechtes als eines Werkes der Kriminalsoziologie. Daß Ferri und der Arzt Colajanni das Verhältnis dieser beiden Wissenschaften so auffassen, dafür kann niemand zur Verantwortung gezogen werden: jeder dafür nicht Voreingenommene muß zugeben, daß es zwischen der Beschreibungslehre, wie die Soziologie ist, und den auf die praktische Tätigkeit bezogenen Folgerungen einen Hauptunterschied gibt; andere, wenngleich gleichfalls erhabene Aufgaben hat die Anatomie und Physiologie, und andere die Chirurgie. Diese Problemsverschiebung kann man nur der Unklarheit, von welcher das Wort „Soziologie" stets begleitet ist, zuschreiben. Selbst wenn wir die ausführlichste Definition dieser Disziplin angeben würden, — und zwar: Die Soziologie ist die Lehre von der Gesellschaft, statt von den gesellschaftlichen Formen (Simmel[3]), so bleibt sie in jedem Falle nur eine Vorstellungslehre ohne das Merkmal einer praktischen Anwendung.[4])

---

[1]) La sociologie et le droit pénal. Annales de l'inst. sociol. I. p. 323. Vgl. De la responsabilité en matière de délit. Rev. de sociol. II, p. 601 sq.

[2]) Mitt. der J. K. V. IV, S. 130.

[3]) Vgl. Le problème de sociologie u. bezgl. der deutschen Bewegung (Tönnies). vgl. Bouglé. Les sciences sociales en Allemagne 101.

[4]) La sociologie est la science générale des sociétés. Elle s'occupe de la manière dont sont construites les formes sociales, dont s'accomplissent les fonctions sociales et non de la manière dont elles devraient être construits et accomplies (Worms, la sociologie et le droit. Rev. de sociol. III, S. 41).

Nach der Sitzung der kriminal. Vereinigung zu Paris vom Juni 1893, auf welcher Sitzung diese Frage erörtert wurde, ward es zur unzweifelhaften Tatsache, daß communis opinio doctorum diese Begriffsverwirrung verwirft, und meiner Ansicht nach muß die enge Verbindung des Strafrechtes mit der Kriminalpolitik, sowie selbe Gauckler[1]) und Liszt[2]) verstehen, erhalten werden. Wenn wir auf dem kriminalistischen Gebiete die englische Teilung in science und art einführen sollen, so ist die Kriminalsoziologie nur eine objektive Wissenschaft (science), die Kriminalpolitik dagegen eine aus den Resultaten der ersteren, gewisse praktische Normen zur Bekämpfung des Verbrechens entwickelnde Kunst (art), das Strafrecht endlich ein Teil der letzteren mit dem Zwecke, den Kampf mit dem Verbrechen im engen Bereich des Strafgesetzes durchzuführen.

Wir müssen jedoch feststellen, daß es nicht genug sonderbarer Theorien, genug mißlungener Ideen gibt, welche ein gewisser Teil der Kriminalisten der älteren Schule, und zwar jene, welche vom kriegerischen Geist beseelt, die Rolle ecclesiae militantis spielen allen denen, welche zur Verlassung der heiligen und unantastbaren Dogmen den Mut gefaßt haben, nicht unterschoben hätte; daß der Kampf den Windmühlen gilt, ist Schuld derer, welche es auf eine Attacke ankommen lassen, ohne vorher den Gegner rekognosziert zu haben.

Vierter Abschnitt.

Es gelang uns also nicht, die Teilung in Klassiker und Nicht-Klassiker durchzuführen und das Kredo der alten und der neuen Schule auf Grund der Hauptthesen zu verfassen; wir werden darum unser Glück auch nicht den technisch-kriminalistischen, oft auf philosophischer Grundlage aufgebauten Fragen gegenüber versuchen, etwa wie: ob es einen Unterschied zwischen der Ursache und der Bedingung gibt, ob die Schuld zwei oder drei Grade zuläßt, ob die Unterlassung zur Ursache werden kann, oder ob man die Frage überhaupt anders stellen muß: wann ist die Unter-

---

[1]) Politique criminelle, l'expression pour désigner cette branche de la Politique générale, qui est l'art de déterminer les mesures applicables à l'ensemble des faits sociaux comprenant les crimes, leurs causes et leurs effets (De la peine 3).

[2]) Z XVI, S. 361 bis 366.

lassung rechtswidrig, oder ob die Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen begründet ist — wir wollen uns nicht in den Urwald der verschiedensten Systeme einlassen, denn die Begründung der Schulen auf dieser Grundlage muß schon für einen oberflächlichen Kenner der kriminalistischen Literatur rein unmöglich erscheinen.

Es stehen uns jedoch noch zwei Versuche, obgleich dieselben mehr formeller als sachlicher Natur sind, zur Verfügung, doch sobald andere erschöpft sind, müssen wir zu diesen und zwar letzten Mitteln greifen.

Das Kriterium des Klassizismus kann also auch die Relation zur Forschungsmethode einerseits, anderseits zu den Satzungen der seit einigen Jahren bestehenden kriminalistischen Vereinigung bilden (Satzungen der J. K. V.).

Zur Methode der Klassiker, welche das Verbrechen für einen Rechtsbegriff halten und die Strafe als der Wichtigkeit der Handlung innerhalb der strafgesetzlichen Grenzen möglichst angepaßte oder anzupassende Vergeltung bezeichnen, muß die reine, aus den einmal gewählten und für unabänderlich gehaltenen Axiomen[1]) gebrauchte Deduktion werden. Die Frage über die individuellen Verhältnisse des Verbrechers, über die Folgen der Strafe, über die Kriminalstatistik u. dgl. soll dagegen für sie gleichgiltig, oder doch nur in letzter Reihe interessant sein. Denn was kann es den eine gerechte Vergeltung ausmessenden Richter angehen, daß der Verbrecher, welcher das Strafgesetz nur infolge unglücklichen Zusammentreffens der Umstände übertrat, im übrigen aber vom besten Willen und guten Instinkten beseelt ist, aus dem Gefängnisse als vollendeter Bösewicht herauskommt? was kann ihn die Tatsache angehen, daß das Elend zum Verbrechen treibt? wird etwa Denis' Diagramma auf die Vergeltung Einfluß ausüben? was kann ihn ferner die tägliche Erfahrung angehen, daß die Gefängnisstrafe auf die Jugend vom 14. bis 20. Lebensjahr den schlimmsten Einfluß ausübt? die Vergeltung kennt ja nur die Zurechnung, alles übrige ist ihr gleichgiltig.

Dessenungeachtet kennt schon die Gefängniskunde, die doch dem Klassizismus ihr Leben verdankt, die Teilung der Verbrecher

---

[1]) È fondata sopra assiomi indiscussi su principi formulati a priori senz' altro controllo che il ragionamento — so urteilt Pelizzari noch im Jahre 1896 il delitto 1 l.

in Berufs- und Gelegenheitsverbrecher, erforscht ferner die individuellen Faktoren des Verbrechens (Sichart), verlangt ungestüm, trotzdem sie das nichts angeht, die Verwandlung der Gefängnisse für Minderjährige in Zwangserziehung, ruft zur Gesellschaft um Schutz für die aus dem Gefängnis Befreiten, denn sonst müßten selbe wieder dorthin zurückkehren, woher sie befreit wurden, ruft um einen ausreichenden Schutz für die Armen, schreibt ganze Fragebogen für die Verurteilten mit den Rubriken: Temperament, Befähigung, Hang zur Sittenlosigkeit, Faulheit, Trunkenheit, physische und geistige Krankheit, Verhältnisse der Eltern und der Verwandtschaft usw., auf Grund alles dessen individualisiert sie die möglichst entsprechendste Strafe. Ja noch mehr, das Gefängniswesen verlangt eine spezielle Statistik, in welcher an erster Stelle die Ursache der Verurteilung angeführt werden soll und welche uns die soziale, nicht juridische Bedeutung des Verbrechens angibt.[1])

Auf diese Weise also operieren die Theoretiker der Gefängnisstrafe, welche letztere sie mit der Strafe identifizieren und für die einzig rationelle Form deshalb halten, weil sie in der Vergeltung die Arithmetik zuläßt, mit der soziologischen Methode und berücksichtigen dabei die biologischen Verhältnisse des Verurteilten.

Nicht nur bezüglich der Strafe verwarf man schon in dem sogenannten klassischen Lager die reine Abstraktionsdeduktion, ja man zieht bei der Behandlung der Hauptprobleme des Strafrechtes, wie es das Verbrechen, die Schuld, die Grundsätze des internationalen Strafrechtes, Versuch, Teilnahme usw. sind, die Folgerungen nicht auf rationalistische Weise aus gewissen, von vorneherein angenommenen Prinzipien, sondern man sammelt historische und ethnologische Materialien möglichst induktiv, vergleicht die geltenden Gesetzgebungen miteinander zum Zwecke der Aufklärung des Wesens der Institutionen aus ihrer bisherigen Entwicklung und aus den sie beeinflussenden Faktoren.

Ist das nicht geradezu ein ergötzlicher Anblick, wenn wir sehen, wie Kohler, der doch noch ganz dem Spiritualismus ergeben, von der reinigenden Natur des in der Strafe enthaltenen Schmerzes, von der erlösenden Kraft des Leidens spricht,[2]) gleich-

---

[1]) Krohne, Lehrb. der Gefängn. K. S. 544.

[2]) Das Wesen der Strafe.

zeitig aber mit großer Genauigkeit rastlos Materialien sammelt, auf deren Grundlage man viel einfacher das Wesen der Strafe, ebenso wie auch eine ganze Reihe verwickelter, die Grundlagen des Strafrechtes bildender Fragen erklären kann? Die epochemachende Rolle der vergleichenden Methode für die Rechtswissenschaft überhaupt und für die Kriminalistik im besonderen, wird von dem für einen Klassiker geltenden Birkmeyer anerkannt, in seiner Rezension über das von der kriminalistischen Vereinigung herausgegebene Werk: Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Birkmeyer unterscheidet vollkommen richtig drei Abstufungen in dieser Methode: die historische, ethnologische und dogmatische: die erste derselben belehrt uns, seiner Ansicht nach, über den Inhalt der Rechtsidee, ihre Konsequenzen, Mittel und Hindernisse ihrer Verwirklichung; die zweite vervollständigt die erste Richtung, da sie bei der augenscheinlichen Übereinstimmung der Kultur der Naturvölker mit der der frühesten Stadien der jetzigen Kulturvölker die Lücken in der Kulturgeschichte der am meisten vorgeschrittenen Völker ausfüllt, die dritte endlich erlaubt uns mittels der Nebeneinanderstellung geltender Vorschriften die Mängel und die Vorzüge der einheimischen Gesetzgebung zu enthüllen und den Weg zu deren Verbesserung und weiteren Ausbildung zu ersehen.[1]) Nicht anders spricht sich über die Rolle der historischen Methode Loening, der sonst bei weitem offener die spekulative Methode kritisiert.[2])

Geht etwa ein ausgesprochener Klassiker so vor, soll er nicht nach Kants Beispiele und mit dessen auf die Stammbegriffe der Vernunft aufgebauten Methode operierend, die Rechtsidee aus seiner Vernunft ableiten,[3]) und nicht auf eine höchst kompromittierende Art, deren Inhalt mittels Induktion oder Rechtsvergleichung suchen, wäre es nicht etwa seine Pflicht, sich von vorne herein

---

[1]) Z XVI, S. 333.

[2]) Vgl. Z III, S. 225: Jede spekulative Behandlung des Rechtes, jeder Versuch, den Inhalt oder die Prinzipien des Rechtes durch bloßes Denken aus der subjektiven Vernunft heraus a priori zu ergründen oder zu konstruieren ist vom Standpunkte der Rechtswissenschaft durchaus zu verwerfen.

[3]) Die Rechtslehre als der erste Teil der Sittenlehre ist nur das, wovon ein aus der Vernunft hervorgehendes System verlangt wird, welches man die Metaphysik des Rechtes nennen könnte. (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre III.)

rationalistisch ein Kriterium auszubilden, nach welchem die Vorzüge der Rechtsinstitutionen geprüft werden sollen und nicht erst mittels Zusammenstellung zu erfahren suchen, welche Formen die besten sind, welche dem Zweck am besten entsprechen?

Die Notwendigkeit der Wahrheit, einer einfachen und klaren Wahrheit, mußte in der Rechtslehre diese, das Postulat des Realismus erfüllende rechtsvergleichende Methode herausbilden.[1])

Daß jedoch auch die sich für Klassiker haltenden Schriftsteller nicht etwa durch Zufall zum Induktionswege greifen, sondern dies mit voller Überzeugung tun, kann uns der Gang des III. kriminalanthropologischen Kongresses zum Beweis dienen.

Während Liszt die veränderte Methode als den Hauptunterschied zwischen dem Klassizismus und der neuen Schule bezeichnet — (nur noch zwei Schulen ständen auf dem Platze: mit einem Worte die Schule, die durch die induktive Methode charakterisiert werde, anderseits, klassische, deduktiv vorgehende Schule,[2]) hebt Abbé de Baets, der Repräsentant des Klassizismus, gleichsam im feierlichen Protest wider die Monopolisierung der Induktion, die großen Verdienste der Kriminalanthropologie hervor, da selbe die Aufmerksamkeit aller auf die Observationsmethode aus dem Leben gegriffener Tatsachen gelenkt hat,[3]) und Prof. Nyssens erklärt offen: ich bin ein Klassiker, doch dessenungeachtet auch ein Positivist, sowie wir alle, die wir hier versammelt stehen.[4]) Tableau!

Der Zeitgeist brachte neue Ansichten mit sich, nötigte uns zur Forschung nach neuen Erkenntnismitteln, das in dem der Spekulation unterworfenen Hirn entprungene Naturrecht bleibt immer das, was es ist — willkürliche Phantasie.

---

[1]) Wäre es denn aber verwerflich, wenn wir nachwiesen, wie Recht und Sitte real entstehen und reale Mächte werden, statt sie über den Wolken zu suchen und von dort auf die Gesellschaft herunter fallen zu lassen. (Schäffle, Bau und Leben II, S. 494.)

[2]) Z XIII, S. 182.

[3]) Z XIII, S. 177.

[4]) Z XIII, S. 178, vgl. die Bemerkung des Berichterstatters (Rosenfelds): Dennoch bleibt diese Erkenntnis, daß wir alle Positivisten sind und keiner vergebens, sondern alle einander in die Hände arbeiten . . ., das leuchtende Verdienst . . . . des III. Kriminalanthropologenkongresses. Und diesem Gedanken gaben Heger, Houzé, Manouvrier befriedigt ihren Ausdruck (ebenda 179).

Kehren wir nun zu der kriminalistischen Vereinigung zurück.

Im Jahre 1889 beschlossen van Hamel, von Liszt und Prins zum Zwecke der Vereinigung der Arbeit unter der Losung des Kampfes mit dem Verbrechen und ihrer Zentralisierung mittels der internationalen theoretischen und praktischen Verständigung der Kriminalisten aller Länder eine Verbindung zu bilden, um streitige Fragen zu besprechen und verwickelte Probleme zu lösen. Unter den Hauptthesen wurden bekanntlich Prinzipien wie: „Verbrechen und Strafe müssen ebenso sehr vom soziologischen als auch vom juristischen Standpunkte aus ins Auge gefaßt werden; Aufgabe der Strafe ist die Bekämpfung des Verbrechens als sozialer Erscheinung, die Unterscheidung der Gelegenheitsverbrecher und der Gewohnheitsverbrecher ist von grundlegender Bedeutung; unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher sind unschädlich zu machen . . ." und viele andere Sätze aufgestellt, welche nur eine logische Konsequenz der obigen sind.

Die Vereinigung vermochte trotz der deutlich genug ausgedrückten fortschrittlichen Ideen auch die als Klassiker geachteten Schriftsteller wie Bar, Appelius, Krohne, Mittelstaedt, Stenglein zu Mitgliedern für sich zu gewinnen; wir erwähnen hier nur die hervorragendsten. Schon diese Tatsache selbst benimmt der Verbindung den Charakter einer Schule, wenigstens der radikalen Schule, obgleich man anderseits nicht leugnen kann, daß das Häuflein Unversöhnter die Verbindung entschieden meidet. Anläßlich der Sitzung in Paris, in welcher das Verhältnis des Strafrechtes zur Soziologie erörtert wurde, trat bekanntlich Stenglein mit seinem Artikel im Gerichtssaal hervor, worin er bewies, daß die Verbindung aus zur Sekte der Deterministen angehörigen Leuten von sozialistischer Färbung bestehe, machte seinen Austritt aus derselben bekannt und munterte alle jene, welche ähnlich, wie er selbst auf hinterlistige Weise in die Union eingeführt wurden, zur Umkehr auf.

Vortrefflich, wie wir wissen, wurde er deshalb von Stooß,[1]) Liszt[2]) und Lilienthal[3]) abgefertigt und es bot sich keine bessere Gelegenheit dar, um den Zweck und die Aufgabe der Ver-

[1]) Z XIV, S. 611 f.

[2]) Z, S. 614 f.

[3]) Z, S. 686 f.

einigung ans Tageslicht zu ziehen und den Zweifeln und Vorwürfen darüber ein Ende zu legen.

Die Vereinigung hat zweifellos ihre ausgeprägten Tendenzen, denn sie muß solche haben, sie weicht von der gebräuchlichsten Schablone ab, enthält neue und ungewöhnliche Gedanken, doch darüber hinaus beläßt sie uns freie Hand zum Handeln und ein offenes Gebiet zum Nachdenken.

Die Vereinigung ist heute das, was sie war — von Anfang, ein zugänglicher Gelehrtenkreis mit ausgeprägten Tendenzen, doch ohne Dogmen,[1]) und unter den Mitgliedern derselben befinden sich auch Kriminalisten mit dem Beinamen „der Klassiker".

Fünfter Abschnitt.

Wir forschten also nach den typischen Merkmalen eines Klassikers, doch wir fanden bloß eine Anarchie von Anschauungen und Gedanken, wie es der Gelehrtenrepublik geziemt; man könnte zwar die sich am nächsten stehenden Ansichten gruppieren und dieselben in Hauptkreise einschließen, in deren Umfang weitere Differenzierung stattfinden könnte, doch diese Kreise greifen sehr oft, statt nebeneinander zu liegen, ineinander ein; in jedem Falle gibt es mehr als zwei dieser Gruppen — die Spaltung in Klassiker und Positivisten, wenn sie überhaupt jemals begründet war, läßt sich heute nicht mehr erhalten.

Diese Erscheinung erscheint uns vollkommen natürlich: analoge Beispiele finden wir in den sozialen Wissenschaften. Die Opposition zur klassischen Schule der politischen Ökonomie schuf nicht die „Positivisten", sondern sie zerfiel in mehrere Abzweigungen. Die im Jahre 1891 in Genf veranstalteten Vorlesungen unter dem Namen „Quatre écoles" boten uns einen Überblick dreier Oppositionsschulen dar: der sozialistischen, der christlichen und der historischen.

Niemand jedoch wird, der die Verhältnisse näher kennt, mit dieser Teilung zufriedengestellt, sondern er wird neben der katholisch-

---

[1]) Die Satzungen der Vereinigung sind kein Glaubensbekenntnis, sondern ein Arbeitsprogramm. (Liszt, D. determ. Gegner XIII, S. 329.) Sie (J. K. V.) ist keine dogmatische Sekte, sondern eine Gesellschaft zu gemeinsamer Arbeit (Krim. pol. Aufg. IX, S. 452). Mit Recht nennt Vargha die J. K. V. eine allgemeine Fachkriminalistenschule (Abschaffung S. 134).

sozialen eine protestantisch-soziale finden, die meiste Schattierung wird er in der sogenannten historischen oder auch „neuen" Schule erblicken; daselbst ist sowohl die streng historische Forschungsmethode (Roscher, Schmoller, Cohn, Lujo Brentano) enthalten, als auch die Lehre von der Staatsingerenz (die Kathedersozialisten: Wagner, Laveleye), die soziologische Schule (Schäffle, Wallace) und endlich die sogenannte österreichische, welche in der Methode mit der klassischen übereinstimmt, in den Konklusionen jedoch von derselben sich entfernt.

Und was folgt hieraus? soll man etwa die Hände ringen und jammern, daß sich die Lehrkräfte zerschlugen, und soll man sie neuerdings zur Einigung zum Zwecke gemeinsamer Arbeit zusamenrufen? Keineswegs: jede der Schulen oder der Lehrtheorien hat ihre wahrhaft guten Seiten und wenn man sich in selbe vertieft, dennoch nichts anderes sieht und einseitig wird, so ist das nur das Resultat der Arbeitsteilung, welche auf diesem wie auf jedem anderen Produktionsgebiete gewisse Spezialfähigkeiten zum Nachteil des ganzen Individuums hervorbringt. Diese Erscheinung gereicht der Wissenschaft eher zum Vorteil: das Forschungsresultat extremer Spezialisten, welches die Garantie der Genauigkeit gewährt, kann uns zum herrlichsten Fortschritt verhelfen, wenn die Resultate mehrerer selbstständig Arbeitender zu einem Ganzen verbunden werden.

Regeln wir also die historischen und soziologischen Forschungen mit der Deduktionsmethode der manchesterschen oder österreichischen Schule, verlangsamen wir den Lauf der weit ausgreifenden Kathedersozialisten und Kollektivisten mit dem Zügel des Individualismus; wird nicht etwa durch diese Korrektur und durch den Ausgleich das System der politischen Ökonomie auf gesunde Wege gelenkt, gibt man nicht aus der Wirkung der verschiedenartigsten Faktoren die resultierende Mittelrichtung sowie im Kräfteparallelogramm an? Die Spaltung der Wissenschaft in Schulen, der Schulen wieder in Individualitäten ist eine allgemein gewünschte Erscheinung. Wie in der Politik eine Einigung in Parteien ein Bedürfnis ist, so ist im Gegenteil in der Wissenschaft die Freiheit des Forschers eine Bedingung seines Fortschrittes.

In der Kriminalistik unserer Zeit geht ein ähnlicher Prozeß vor; auch hier finden wir verschiedene Methoden und verschiedene

Losungen, die Deduktion möge wiederum den historischen, rechtsvergleichenden und soziologischen Forschungen ihre Aufgaben ausmessen, die streng logischen, im Strafrecht durchaus notwendigen Spekulationen mögen uns nicht darauf vergessen lassen, daß die Strafe nur eines der Kampfmittel wider das Verbrechen sei, und daß darüber hinaus ein ganzes, allerdings neu entstandenes Gebäude von kriminal-politischen Postulaten sich befinde.[1])

Ein leitender Gedanke soll alle Arbeiter auf dem streng wissenschaftlichen Gebiete beleben, daß, wenn sie alle ihre Kräfte nur einer Richtung weihen, eine Losung haben und nur mit einer bestimmten Methode operieren, es ihnen jedoch nicht geziemt, sich mit Geringschätzung von ihrem Nachbar, der einen anderen Zweig auf andere Weise bearbeitet, abzuwenden. Wenn anderseits der Fall eintreten sollte, daß Gelehrte der alten Schule, die sich Klassiker nennen lassen, auf alles, was neu ist, ihren Bannstrahl schleudern, und alle „Positivisten" insgesamt verdammen, soll man diese Erscheinung als einen charakteristischen psychologischen Zug annehmen! denn da sind sie, wie jener Magier Anatoles France: „Savant et vieux il n'aimait pas les nouveautés."

---

[1]) Die Gruppierungen in Schulen, Methoden und Losungen trägt übrigens den Charakter großer Vergänglichkeit: nach 50 Jahren werden vollends andere Schulen mit anderen Postulaten auf dem Schauplatze sein — läßt uns das nicht Friedhofluft verspüren, wenn wir bei Romagnosi (in Ludens Übersetzung) Genesis des Strafrechtes II, S. 129, von den vier herrschenden Schulen lesen: die fabelnde, transzendentale, fingierende und pseudotheologische heißen — sowie auch von der Notwendigkeit einer fünften, welche man die philosophische nennen könnte. Vanitas vanitatum!

II.

Strafrecht.

---

1. Idealkonkurrenz im österreichischen Strafgesetze?

I. Bedeutung des Problems für die Rechtsanwendung.

§ 1. Es ist die Meinung verbreitet, daß die Unterscheidung der Konkurrenz, die Einteilung derselben in eine reale und eine ideale für das österreichische Recht ohne Belang sei (vgl. Finger, 2. Aufl., I, S. 291, ähnlich Hiller in Str. G. G. der Gegenwart, I, S. 191).

Diese Behauptung könnte ich nicht als richtig bezeichnen. Prima facie erscheint es als gleichgiltig, ob der Richter im gegebenen Falle das Vorhandensein von zwei Verbrechen annimmt, und auf Grund des § 34 den Verbrecher nach jenem, auf welches die schärfere Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auf das konkurrierende bestraft, oder wenn er die ideale Konkurrenz verneint, bloß ein (strenger geahndetes) Verbrechen zur Grundlage seines Urteils macht und der Verletzung anderer Rechtsvorschriften im Rahmen seines richterlichen Ermessens (bei der Strafzumessung) Rechnung trägt.

Die Bedeutung der Frage ist nicht so klein, wie sie zu sein scheint. Vor allem bildet für den Richter die Tatsache, daß er mit zwei Verbrechen zu tun hat, gewissermaßen einen psychischen Zwang, die Strafe weit höher auszumessen, als sonst unter denselben Umständen, wenn nur die Existenz mehrerer Verbrechen ausgeschlossen wäre, denn im letzteren Falle würde der ausdrücklich durch das Gesetz vorgeschriebene Erschwerungsumstand (§ 44 *a*) in Wegfall kommen. (Trotzdem § 44 nur exemplifikativ und nicht taxativ die Erschwerungsumstände aufzählt, rechnet die Praxis vorwiegend mit den durch das Gesetz ausdrücklich erwähnten.)

Die Verletzung mehrerer Gesetze, wenn sie keine Verbrechenskonkurrenz ausmacht, würde kaum in die Wage fallen. Sonst aber bleibt ein Verbrechen, selbst unter Erschwerungsumständen begangen, nur ein Verbrechen, und macht einen weit kleineren Eindruck, als zwei oder sogar drei konkurrierende Verbrechen.[1] Diese Bedeutung des Problems für die Praxis der Strafzumessung ist nicht gering zu schätzen.

Außerdem ist die Lösung des Problems in denjenigen Fällen von einschneidender Bedeutung, in welchen das Gesetz die Strafenhäufung vorschreibt (vgl. §§ 35 und 267), „nebst der sonstigen gesetzlichen jedenfalls auch diese besondere Strafe" (Geldstrafe, Verfall von Waren, Feilschaften und Geräte, Verlust von Rechten und Befugnissen) „gegen den Schuldigen zu verhängen".

Es kommt in diesen Fällen darauf an, ob die Strafenhäufung eintreten soll (wenn das Gesetz die Idealkonkurrenz kennt), oder bloß höheres Strafausmaß stattfinden soll (wenn die Idealkonkurrenz dem Gesetz unbekannt ist und die Verletzung verschiedener gesetzlicher Bestimmungen bloß als erschwerender Umstand bei dem Strafausmaß anzusehen wäre).

§ 2. Von größerem Gewicht sind die Folgen der Beantwortung der Frage für die Anwendung der Strafprozeßordnung, namentlich mit Bezug auf die Formulierung der Anklageschrift, der Fragen für Geschworne und des Strafurteils.

A. Die Anklageschrift soll enthalten (§ 207 St. P. O.):

a) Die Angabe der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung oder Handlungen, wobei die besonderen Umstände soweit hinzuzufügen sind, als dies zur deutlichen Bezeichnung der Tat notwendig ist;

b) die gesetzliche Benennung der strafbaren Handlung.

Die Vorschrift ist klar, die Entscheidungen des Kassationshofes sprechen auch ganz entschieden den Grundsatz aus:

---

[1]) Vgl. Mayer, II, S. 391, *A.* 51: „... woran auch der Umstand nichts ändert, daß bei vorliegender Verübung mehrerer verschiedenartiger Delikte durch dieselbe Handlung für die Straffestsetzung nur die schwere Strafandrohung zur Anwendung kommt, indem in der hiernach bemessenen Strafe stets auch dasjenige für die geringere Straftat mit enthalten ist, welche dabei als Strafausmessungsgrund sich darstellt oder wenigstens als ein solcher ohne Rechtsirrtum verwendet werden kann."

„Gegenstand der Anklage ist eine konkret bestimmte Tat, nicht eine bestimmte Qualifikation derselben" (vgl. E. Nr. 424, 1312, 252 u. a.).

Es folgt daraus, daß, wenn jemand durch eine Tat (z. B. coitus) das Gesetz doppelt verletzt hat (Notzucht und Blutschande), wegen einer Tat angeklagt werden soll, welche nur eine zweifache gesetzliche Benennung erhält.

In der Praxis geschieht es meistenteils anders: man hat die Augen auf die theoretische Konstruktion der Idealkonkurrenz gerichtet, man ist in dem Glauben aufgewachsen, die §§ 34, 35, 267 Str. G. handeln von einer solchen, und da dieselben auch von strafbaren Handlungen sprechen, so ist nichts einfacher, als das, was die „gesetzliche Benennung" bleiben soll, als eine „strafbare Handlung" aufzufassen. Infolgedessen gibt es in unserem Falle zwei „strafbare Handlungen": 1. Notzucht, 2. Blutschande, welche miteinander konkurrieren. Folgerichtig lautet die Anklageschrift: der Angeklagte hat: 1. mit einem 13jährigen Mädchen Beischlaf ausgeübt, 2. mit seiner unehelichen Tochter Beischlaf ausgeübt; es folgt weiter die gesetzliche Benennung „wodurch er das Verbrechen der Notzucht nach § 127 und das der Blutschande nach § 131 begangen".

Mayer billigt diese Praxis ausdrücklich: „es kann unter Umständen sehr zweckmäßig sein, auch mit Rücksicht auf den leichteren Straffall die Anklage mitzuerheben, um so den erkennenden Richter zu nötigen, sich eventuell auch über seine Existenz ausdrücklich auszusprechen" (II, S. 21, *A.* 36) empfiehlt bloß eine gewisse Vorsichtsmaßregel: „wenn auf diese Weise die Auffassung der Tat von einem anderen strafrechtlichen Gesichtspunkte aus zum Gegenstande einer besonderen Anklageformulierung gemacht wird, so darf es nicht versäumt werden, es ausdrücklich hervorzuheben, daß es sich immer von derselben Tatsache, d. h. von einem Falle der idealen Konkurrenz handle, um jeden Zweifel zu beseitigen, daß darin nicht eine zweite selbständige Anklage gefunden werden dürfe" (II, S. 22, *A.* 39).

Auf diese Weise kommt es zu einer Stilisierung der Anklageschrift, welche der durch § 207 Str. P. O. vorgeschriebenen Form entschieden widerspricht: § 207 identifiziert „die strafbare Hand-

lung" mit der „Tat", wie dies sonst die Strafprozeßordnung auch an anderen Stellen tut.[1])

Im gegebenen Falle faßt der § 207 die Handlung (die Tat) des Beischlafes ins Auge, auf welche die gesetzliche Benennung bloß wie eine Etikette auf eine Flasche aufzukleben ist, es kann derselben zwei geben, dies ändert nichts an der Sachlage: die Handlung verbleibt eine einzige.

Trotzdem die oberwähnte Praxis dem Wortlaute der Strafprozeßordnung widerspricht, ist sie nicht zu verdammen, namentlich nicht vom Standpunkte der subjektiven Schuld: man hat sie gewöhnt, auf „Rechtsverletzungen", und nicht auf „Taten" ihr Augenmerk zu richten, und die „Rechtsverletzungen" mit „strafbaren Handlungen" zu identifizieren; hat man den jungen Juristen einen speziellen Begriff der Handlung „im Rechtssinne"[2]) beigebracht;

---

[1]) Vgl. folgende Zusammenstellung:

a) „zur Last gelegte (fallende)" ... Tat (§§ 317, 320) ... strafbare Handlung (§§ 376, 263, III);

b) „der Entscheidung (der Anklage, dem Urteile) zugrunde liegende" ... Tat (§§ 281, Z. 10, 344, Z. 11, 259) ... (strafbare) Handlung (§§ 318, 289);

c) die Verfolgung darf ausgedehnt werden auf eine andere ... Tat oder hinzugekommene strafbare Handlung (§§ 263, 278 bis 279), die Verfolgung ist vorzubehalten oder ausgeschlossen wegen „der betreffenden Tatsachen" (Tat §§ 321, 344, Z. 10*b*);

d) man kann verurteilt oder freigesprochen werden wegen: derselben Tat (§ 353, Z. 3, 263) einer Handlung (§§ 355, 263), wegen eines Verbrechens oder Vergehens (§ 362), man kann schuldig erklärt werden ... einer Tat (§ 267) strafbaren Handlung (§ 265);

e) man kann „begehen" eine Tat (§ 337), eine strafbare Handlung (§ 279, 363, Z. 3);

f) sowohl eine Tat, wie eine Handlung haben erst dann eine Bedeutung für die Str. P. O., wenn sie die Merkmale der Strafbarkeit an sich tragen (vgl. Bezeichnung der Tat § 262, schwerer strafbarer Handlung § 265, die Tat mit Strafe bedroht § 387, Strafbarkeit der Tat § 344, Z. 10*b*, die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung § 325);

g) besonders interessant ist folgender Satz: „wenn derselbe bei seiner Verurteilung wegen dieser Tat unter ein Strafgesetz fiele, welches strenger ist als dasjenige, welches auf die in der Anklageschrift angeführte strafbare Handlung anzuwenden wäre."

[2]) Es existiert ja eine einflußreiche Gruppe der Strafrechtslehrer, welche unter der Führung Hälschners und Bindings die kühnen Sätze aufstellt: „Was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgiltig" (vgl. Bindings Handbuch, I, S. 565). „Über die Einheit der

wie ist es zu wundern, daß er demgemäß den Wortlaut der Strafprozeßordnung einseitig auffaßt und ummodelt? Er tut hier nichts anderes, als das, was die communis opinio mit den §§ 34, 35, 267 Str. G. gemacht hat.

B. Dasselbe, was mit der Anklageschrift geschieht, geschieht auch mit den Fragen für Geschworne; laut § 318 Str. P. O. ist die Hauptfrage darauf gerichtet: ob der Angeklagte schuldig sei, die der Anklage zugrunde liegende Handlung begangen zu haben? Hierbei sind alle gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung in die Frage aufzunehmen und die besonderen Umstände der Tat nach Ort, Zeit, Gegenstand usw. soweit beizufügen, als dies zur deutlichen Bezeichnung der Tat notwendig ist.

Es wird niemand leugnen, daß in dieser Vorschrift die Ausdrücke: Handlung, strafbare Handlung, Tat, promiscue gebraucht werden: die strafbare Handlung ist eine solche Handlung (Tat),

---

Handlung hat nur der Handelnde das Recht zu entscheiden, er tut dies durch die Absicht", „. . . so daß dann trotz der Gleichzeitigkeit des Tuns eine Mehrheit von Handlungen vorliegt" (Hälschner, Syst. d. preuß. Str. R. S. 497 f.).

„Drei Verleumdungshandlungen müssen wir annehmen, weil drei Absichten des Täters vorhanden sind" (John, Die Lehre v. d. fortg. Verbr. 5), „Mehrheit des verletzten Rechts und Mehrheit der Absicht begründen selbstverständlich Mehrheit der Handlung" (ebenda 67, vgl. auch Schütze, Z. f. g. Str. R. W., III, S. 43 ff.; Ortmann, Arch. f. Str. R., XXXV, S. 26 ff.; Bünger, Z. f. g. Str. R. W., VIII, S. 520 bis 558, 661 bis 722).

Daß diese Kathederblüten einem praktisch geschulten Juristen befremdend und unannehmbar erscheinen müssen, ist klar; der große Praktiker Schwarze gibt seinen berechtigten Zweifeln folgenden Ausdruck: „Der Verfasser hat wiederholt gebildete Laien um Beurteilung des Falles (Notzucht — Blutschande — Ehebruch durch dieselbe Tat) gebeten und stets die Antwort erhalten, daß man nicht drei Verbrechen annehmen könne, es bleibt immer eine Handlung" (G. S. XXXIV, S. 582, 590). Trotzdem leidet die Praxis unter dem Einfluß der grauen Theorie! Wenn wir sonst die Etymologie und die grammatische Interpretation des Wortes „Handlung" zu Rate ziehen, dann ergibt sich auch die Haltlosigkeit des oben erwähnten juristischen Begriffes der Handlung: Handeln bedeutet facere, agere, negotiari, etwas tun, verrichten, betreiben, eine Handlung tun, etwas ausführen, mit einer Tat vorgehen, verfahren; dies alle handeln wider des Kaisers Gebot (apost. Gesch. 17, 7). Handlung bedeutet wiederum jede Verrichtung und Kraftäußerung eines Wesens, Ausführung eines Willens, oder Vorsatzes, Tätigkeit, . . . thaat, festio, factum, praxis, actus; Handlungen, die ich mein tag ye gethan hab, vitae meae acta . . . eine Reihe von Bewegungen, die auf einen Endzweck abzielen, heißet eine Handlung (Lessing bei Grimm, D. W., IV, S. 373 ff.).

welche gestraft werden soll. Die Geschwornen sollen die Subsumtion der Tat unter das Gesetz in ihrer Antwort vollziehen (vgl. Glaser, Schwurger. Abh. 39; Rulf, D. österr. Str. P., S. 164). Der natürlichen, realen Handlung soll Rechnung getragen werden: da im oberwähnten Falle der Beischlaf diese Handlung ausmacht, so kann nur von einer Hauptfrage die Rede sein. Anders geschieht in der Praxis; es werden zwei Fragen gestellt:

1. Ist X. schuldig, daß er ... mit dem 13jährigen Mädchen Y. außerehelichen Beischlaf unternommen?

2. Ist X. schuldig, daß er ... mit seiner illegitimen Tochter Y. außerehelichen Beischlaf unternommen?

Diese Form der Fragestellung, welche von zwei selbständigen Handlungen spricht, ist durch die Autoritäten der Praxis gebilligt oder sogar als notwendig vorgeschrieben worden![1])

---

[1]) Vgl. insbesondere Mayer, III, S. 124: In den Fällen der ideellen Konkurrenz, wo also eine und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer verschiedener Verbrechen usw. in sich vereinigt, muß jedes derselben zum Gegenstande einer besonderen Frage gemacht und nur dabei ersichtlich gemacht werden, daß sich die verschiedenen Fragen nur auf eine einzige, nicht auf verschiedene selbständige Handlungen beziehen.

J. v. W. (G. Z. ex 1880, S. 34) meint sogar, „daß im Falle einer eintätigen und ungleichartigen Konkurrenz durch die Stellung einer Hauptfrage dem Schwurgerichte das gesamte Anklagematerial weder in erschöpfender noch in formgemäßer Weise zur Entscheidung der Schuldfrage und Urteilsfällung vorgebracht wird ... So z. B. wären (nach J. v. W.) im Falle der Konkurrenz der §§ 81 und 152 Str. G. folgende zwei Hauptfragen zu stellen:

1. Ist der Angeklagte schuldig dadurch, daß er am ... auf öffentlichem Platze in N., in der Absicht, seine Arretierung zu vereiteln, den hierzu beauftragten öffentlichen Wachmann bedroht und geschlagen hat, einen öffentlichen Diener in Vollziehung eines obrigkeitlichen Befehles gewaltsam Widerstand geleistet zu haben?

2. Ist der Angeklagte schuldig dadurch, daß er am ... auf öffentlichem Platze aus Anlaß seiner Arretierung dem Wachmann in feindseliger Absicht einen Stich in die Brust versetzt hat, gegen einen öffentlichen Diener so gehandelt zu haben, daß dadurch dessen schwere körperliche Verletzung verursacht worden ist?

Vgl. auch Vargha (D. Str. P. R.). „So vieler Reate ein Angeklagter ... beschuldigt wird, so viele Hauptfragen müssen gestellt werden (ähnlich Glaser, Holtzendorffs R. L., I, S. 896), Mitterbacher (S. 522) erachtet die Zulässigkeit einer einzigen Hauptfrage als möglich: ‚entweder zwei Hauptfragen ... oder beide Tatbestände in eine Frage aufzunehmen'."

C. Dasselbe geschieht mit der Formulierung des Urteils. Laut § 260 Str. P. O. soll das Strafurteil aussprechen:

1. Welcher Tat der Angeklagte schuldig befunden worden, und zwar unter ausdrücklicher Bezeichnung der einen bestimmten Strafsatz bedingenden Tatumstände;

2. welche strafbare Handlung durch die als erwiesen angenommenen Tatsachen, deren der Angeklagte schuldig befunden worden, begründet wird. Es muß also die Tat (natürliche Handlung) genau bezeichnet werden, welche als strafbar erklärt werden soll, um nachher zu präzisieren, welche gesetzliche Vorschriften anzuwenden sind, und auf Grund welcher Vorschriften die Tat als strafbar zu betrachten ist.

Es folgt daraus, daß, wenn wir bei dem obangeführten Schulbeispiele bleiben sollen, das Strafurteil zu lauten hat: X. ist schuldig, daß er . . . mit seiner 13jährigen, illegitimen Tochter Y. außerehelichen Beischlaf unternommen hat, wodurch er das Verbrechen der Notzucht (§ 127) und das der Blutschande (§ 131) begangen hat.

Die auf Autoritäten gestützte Praxis verfolgt einen anderen Weg. Das Urteil lautet: X. ist schuldig, *a)* das Verbrechen der Notzucht nach § 127 Str. G. und *b)* das Verbrechen der Blutschande nach § 131 Str. G. dadurch begangen zu haben, daß er ad *a)* mit Y., einem 13jährigen Mädchen, den außerehelichen Beischlaf unternommen, ad *b)* mit seiner illegitimen Tochter den außerehelichen Beischlaf unternommen, und wird den §§ 34, 126 Str. G. gemäß zu einer Strafe . . . verurteilt.

Es sind keine sporadische Fälle solcher Urteilsfassung, denen man in der Praxis begegnet, und es ist nicht zu wundern, wenn man erwägt, daß Mayers Kommentar, der als ein Vademekum des Praktikers gilt, diese Formulierung gutheißt, indem er annimmt, daß der Verurteilte zwei Straftaten begangen hat.[1])

Es muß jedoch erwähnt werden, daß die Praxis sich manchmal von der oberwähnten Schablone entfernt (vgl. die in der K. H. E. erwähnte Frage: ist X. schuldig, im heurigen Frühling an seiner am 27. Januar 1863 geborenen, sohin nicht 14jährigen Tochter Franziska wiederholt den außerehelichen Beischlaf unternommen zu haben? (Slg. Nr. 104).

[1]) Bei vorliegender idealer Konkurrenz zweier Straftaten ist die Verurteilung nicht bloß auf die schwerere derselben, sondern zugleich auch

§ 3. Es erübrigt noch die wichtigste Folge der Annahme der Idealkonkurrenz: die Interpretation des § 265 Str. P. O. und das Verhältnis desselben zum Wiederaufnahmeverfahren.

Bekanntlich dient der § 265 zur Vervollständigung der §§ 34, 35, 267 Str. G. — es soll eine Lücke des Strafgesetzes ausgefüllt werden: ein Verbrecher, welcher für ein Verbrechen, das mit einem anderen, vorläufig nicht entdeckten konkurriert, die Strafe verbüßt hat, soll auf den Fall, daß das andere nachher entdeckt wird, nicht anders behandelt werden, als wenn beide den Gegenstand desselben Strafurteils ausgemacht hätten.

Wenn einmal angenommen wird, daß die §§ 34, 35, 267 Str. G. auf die Idealkonkurrenz Bezug haben, so ist es bloß eine Frage der Logik und der Konsequenz, die Folgerung zu ziehen, daß der Idealkonkurrenz auch bei Anwendung des § 265 Str. P. O. Rechnung getragen werden muß.

Bleiben wir bei unserem Beispiel: X. unternimmt den Beischlaf mit einem 13jährigen Mädchen, und wird dafür (§ 127 Str. G.) mit einem dreijährigen schweren Kerker bestraft. Es kommt nach einiger Zeit zum Vorschein, daß das Mädchen eine illegitime Tochter desselben ist, daß dieser Umstand dem Täter zur Zeit bekannt war — wir haben also mit einer „neu hervorgekommenen strafbaren Handlung" (§ 131) zu tun! Warum sollten wir hier den § 265 nicht anwenden? Steht vielleicht die grammatische Interpretation im Wege? Doch nicht! Den Ausdruck „strafbare Handlungen" finden wir auch in den §§ 35, 267 Str. G. und dieser Umstand hält die communis opinio nicht davon ab, auf Grund dieser Paragraphen die Idealkonkurrenz zu konstruieren!

Die Praxis scheint vor dieser Konsequenz zurückzuschrecken: in den Entscheidungen des Kassationshofes (Slg. Nr. 110, 226, 529, 559, 804, 821, 1132, 1438, 1552, 2006, 2055, 2100, 2286, 2336,

---

auf diejenige zu richten, welche unter das mildere, nicht zur Anwendung kommende Strafgesetz fällt. Der Gerichtshof erster Instanz kann, nachdem er in derselben Handlung mit Grund ein Zusammentreffen verschiedener Straftaten im Sinne (?) des § 34 des Strafgesetzes, und nicht etwa bloß die Konkurrenz verschiedener Strafgesetze erkannt hatte, sich auf eine ausdrückliche Entscheidung über die schwerere Gesetzesverletzung nicht beschränken . . . (II, S. 391, *A.* 51).

2483, 2796, 2800 u. a.) suchen wir vergebens nach einem Fall der Anwendung des § 265 Str. P. O. namentlich der Idealkonkurrenz gegenüber. Die Kommentare zur Strafprozeßordnung entweder nehmen als das Natürlichste in der Welt an, daß hier nur von einer Realkonkurrenz die Rede sein kann (vgl. J. v. W., G. Z. ex 1876, S. 207, Mayer, II, S. 432) oder gehen die Frage mit Stillschweigen über (Mitterbacher, S. 417 ff.).

Steht etwas im Wege, die Idealkonkurrenz bei § 265 anzunehmen? Logisch — absolut nichts, im Gegenteil, es ist eine logische Notwendigkeit, diese Folgerung zu ziehen, — und doch de lege lata ist dies unmöglich. Es besteht ganz einfach eine Kollision mit dem § 356 Str. P. O., wonach in einem solchen Falle, in welchem „eine Handlung, wegen welcher der Angeklagte verurteilt worden ist, nach einem strengeren Strafgesetze beurteilt" werden soll, nur unter den Bedingungen des Wiederaufnahmeverfahrens, ein neues Strafurteil gefällt werden darf. Hat X. einen Ehebruch begangen und dafür die Strafe abgebüßt, und kommt später zum Vorschein, daß das Weib, mit welchem er den ehebrecherischen Beischlaf unternommen, seine illegitime Tochter ist oder hat Y. mit seiner Tochter blutschänderischen Umgang getrieben, und seine Strafe dafür abgebüßt und es kommt nachher zum Vorschein, daß er die Tochter mit Gewaltanwendung zur Duldung der blutschänderischen Beziehungen gezwungen hat, so darf man in diesem Falle den § 265 nicht anwenden, da ein solcher Fall ausdrücklich im § 356, Z. 3 Str. P. O., vorausgesehen ist: es ist zur neuen Verurteilung das ganze Wiederaufnahmeverfahren mit den bekannten Bedingungen und Formalitäten nötig. Da die Anwendung des § 265 ausgeschlossen ist, in Fällen, wo die nachträgliche Qualifikation strenger ausfallen soll, so muß man folgerichtig die Zuhilfenahme des § 265 in allen Fällen der Idealkonkurrenz als unzulässig erachten. Es folgt daraus, daß der § 265 Str. P. O., der ein strafprozessuales Gegenstück zu den §§ 34, 35, 267 Str. G. bilden soll, nur teilweise seine Rolle spielen darf, indem er entschieden auf die Fälle der Realkonkurrenz eingeschränkt bleiben muß.

Es ist also nicht alles in Ordnung! Es klappen die Räder der Maschine nicht, es fragt sich, wo liegt die Ursache der unerquicklichen Verwirrung? Vielleicht entsprechen die Vorschriften der

Strafprozeßordnung denen des Strafgesetzes und bilden mit denselben zusammen ein harmonisches Ganzes? Vielleicht ist bloß die übliche Interpretation der §§ 34, 35, 267 Str. G. falsch?

Es ist unsere Aufgabe, diesem Zweifel nachzugehen.

II. Entwicklungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmungen.

Keine Wissenschaft des bestehenden Rechtes
ohne geschichtliche Grundlage.
Löning.

§ 4. Der Ideenkreis des österreichischen Strafgesetzes stammt bekanntlich aus dem 18. Jahrhundert, das ist aus jener Epoche, wo die zum Staate gehörenden Länder das Gepräge des deutschen Geistes unvermischt und auf jedem Gebiete zum Vorschein gebracht haben. Will man also die Vorschriften des Strafgesetzes gut verstehen, so muß die Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsbildung deutschen Ursprungs berücksichtigt werden.

Die Volksrechte, wie alle primitiven Rechte, pflegen die Zahlung der Komposition (Buße) für mannigfaltige Arten des Unrechtes anzuordnen, wobei der Standpunkt des Loskaufes von der Privatrache behalten wird; der Staat (die Gesellschaft) bekommt für die Verletzung des Friedens und für die Vermittlung zwischen den streitenden Parteien das Friedensgeld (fredus). Die diesbezüglichen „Gesetze" enthalten eigentlich die Preise des menschlichen Fleisches, man könnte sie Fleischtarife benennen (die Fälle der eigentlichen antisozialen Handlungen, welche die Volksrache hervorrufen, sind darin nicht erwähnt).[1] Die mittelbare Verletzung der gesellschaftlichen Interessen durch das Privatrachedelikt wird durch die Pflicht, das Friedensgeld zu entrichten, ausreichend betont.[2] Es folgt daraus, daß dort, wo die Pflicht zur einmaligen Entrichtung desselben besteht, bloß von einem Delikt die Rede sein kann, wenn auch die Buße, welche das privatrechtliche Element vertritt, mehrfach gezahlt werden soll. Es ergibt sich weiter daraus, daß dort,

---

[1]) Vgl. meine Einführung in die Philosophie des Str. R. S. 264 ff.

[2]) Wo die verbrecherische Absicht fehlte, kam auch das Friedensgeld in Wegfall, und war nur dem Verletzten Buße zu zahlen (vgl. Schröder, D. R. G. S. 345; Wilda, Str. R. S. 466, N. 1, S. 547 ff.; Brunner, D. R. G., I, S. 165, II, S. 546, N. 8, S. 547, 552, 557, N. 31).

wo mehrere Bußen und ein Friedensgeld zur Zahlung gelangen, von keiner Konkurrenz der strafbaren Handlung die Rede sein darf, ebensowenig berechtigt ist die Behauptung, daß dort, wo eine Buße und ein fredus (bannus) zu zahlen ist, ein Fall der Konkurrenz vorliegt.

Die für die Volksrechte so charakteristische Atomisierung des Tatbestandes bezieht sich bloß auf die Buße, nicht aber auf das Friedensgeld. Nach der Lex Bajuwariorum (II, S. 10) und der Lex Alamannorum (33, 30) büßt der Erreger eines Streites im Hause des Herzogs alle vorgefallenen Verletzungen, zahlt aber nur einmal das Friedensgeld. Dasselbe geschieht bei dem Diebstahl, bei der Tötung einer Schwangeren samt der Frucht: sowohl die Mutter, als auch das ungeborene Kind ist besonders zu büßen; bei eintätiger Verletzung mehrerer Personen ist die Buße an alle zu entrichten.

In allen diesen Fällen ist trotz mehrfacher Entrichtung der Buße von der Konkurrenz der Verbrechen keine Rede.[1])

Anders verhält sich die Sache dort, wo mehrere selbständige, strafbare Handlungen nacheinander begangen worden sind: ist jemand Anstifter eines doppelten Mordes und hat er außerdem auf eigene Hand einen Mord begangen, so muß er außer der Buße für jeden Toten auch das Friedensgeld dreimal entrichten (et bannum nostrum ad omnia, vgl. judic. reg. Cap. I, p. 257).[2]) Es liegt hier offenbar ein Fall der Realkonkurrenz vor: es wird durch das Prinzip des mehrfachen Friedensgeldes die Existenz mehrerer Verbrechen anerkannt. Dies gilt bei realer Verbrechensmehrheit als eine allgemeine Regel.[3]) Daraus folgt, daß die Volksrechte

---

[1]) Anderer Meinung Schreuer (Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten, 1896), der von einer Konkurrenz des volksrechtlichen Privatdeliktes mit Ungehorsam gegen den König spricht (S. 103). „Die überwiegende Mehrzahl der Volksrechte setzt aber bei eintätiger Verbrechensmehrheit nur einen fredus an, findet darin also nur einen Friedensbruch (S. 117). Trotz der Verbrechensmehrheit wird also nur eine Brüche entrichtet. Auch für mehrere ideell konkurrierende Wunden dürfte bloß ein Friedensgeld fällig geworden sein" (S. 119).

[2]) Vgl. Schreuer, S. 123.

[3]) „Bei realer Verbrechensmehrheit dürfte mehrfaches Friedensgeld gezahlt worden sein. Es ist schwer denkbar, daß mehrere real konkurrierende Verbrechen zu einem Friedensbruch zusammengezogen worden wären (Schreuer, S. 120).

zwar eine mehrtätige, keineswegs aber eine eintätige Verbrechenskonkurrenz kennen.[1])

§ 5. Die norddeutschen „Rechtsbücher" geben uns kein klares Bild der weiteren Entwicklung des diesbezüglichen Rechtsgedankens. An die Stelle des Friedensgeldes tritt die an den Richter zu zahlende „Wette". Jede Geldbuße wird von der Wette begleitet. Hat uns das Friedensgeld darüber orientiert, ob wir mit einer oder mehreren Rechtsverletzungen zu tun haben, so verlieren wir jetzt diese Bussole; die Habsucht der Gerichtsherren, welche in einem Weistum, „daß dem Herrn desto gütlicher geschehe und des armen Mannes Seckel desto leichter werde" (Grimm, Wsth. II, S. 32), naiv zum Ausdruck gelangt, läßt so viele Wetten fordern, wie viele Bußen zu zahlen sind „so manich gewet, als maniche buß" (John, D. Str. R. in Norddeutschland, S. 282 ff.). Ist ein injuriierendes Wort gesprochen, so werden so viele Injurien gebüßt und sovielmal die Wette gezahlt, als Personen durch dies eine Wort injuriiert worden sind. Vereinigen sich aber die Klagberechtigten zur Klage, so wird eine Buße und eine Wette gezahlt (vgl. Verm. Ssp. IV, S. 42, 45, 17: Clagen me lute eyne clage mit enander uff eynen man wert der wetthaftig, he wettet on allen eyn gewette und gibt in allen eyne buze. Claget aber iczlicher besundern, als manic gewette unde busse gehort doruff). Es folgt daraus, daß die Wette den Charakter des Friedensgeldes verloren hat, und zu einer Gerichtstaxe zusammengeschrumpft ist, sie bildet infolgedessen keinen Maßstab zur Beurteilung, ob wir mit einem Verbrechen oder mit einer Konkurrenz zu tun haben. Die süddeutschen Rechtsquellen kennen schon die Absorptionsregel im Bußenrecht (in einer sach, in einem gfecht, in einer Hitz), dafür aber dort, wo mehrere selbständige Verbrechen zur Aburteilung gelangten, wurde eine Strafenkumulation prinzipiell durchgeführt (sogar Radbrechen, Henken und Verbrennen, vgl. Osenbrüggen, D. alamann. Str. R. S. 187 ff.).

Es scheint daraus zu folgen, daß die mittelalterlichen Quellen zur Annahme einer Idealkonkurrenz gar nicht berechtigen (diejenigen Fälle, welche eine solche zu statuieren scheinen, beziehen sich auf den privatrechtlichen Standpunkt); wo eine wirkliche

---

[1]) Anderer Meinung Schreuer, S. 112 ff.; vgl. auch Brunner, D. R. G., II, S. 541.

Konkurrenz vorliegt, welche in der Kumulation der Strafen ihren Ausdruck findet, ist bloß eine Realkonkurrenz vorhanden.

Es wird in einigen Stadtrechten ein Fall erörtert, der auch der wichtigen Bestimmung des Art. 108 der C. C. C. zugrunde liegt: es wird durch die Ausführung einer strafbaren Handlung zugleich der Bruch einer Sühne oder Urfehde begangen; es wird in diesem Falle entschieden: so sal man obir yn richten noch deme vngerichte (Kulm II, 86, Breslauer Recht 1261, § 37, Görlitzer Recht, Art. 27).

Es wird bei der Bestrafung nur das eigentliche Delikt berücksichtigt, dem Bruch der Urfehde wird aber keine Rechnung getragen. Ähnlich C. C. C. „Item bricht eyner eyn geschworne urphede mit sachen vnnd thatten, darumb er . . . zum todt on das mocht gestrafft werden, der selben todtstraff soll volg geschehen". In keinem dieser Fälle ist von der Idealkonkurrenz die Rede, es handelt sich lediglich um ein Zusammentreffen mehrerer durch eine und dieselbe Handlung übertretener Strafgesetze. (Vgl. John, S. 278, Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, S. 32.) Art. 163 der C. C. C. spricht bloß vom Zusammentreffen mehrerer Erschwerungsumstände bei einem und demselben Diebstahl.

§ 6. Die zur österreichischen Partikulargesetzgebung gehörenden Strafgesetze lassen sich in zwei Gruppen einteilen: die erste umfaßt diejenigen, welche die Konkurrenz gar nicht erwähnen (die böhmischen Landesordnungen Ferdinands I. und Ferdinands II. von 1549 und 1627, die Landgerichtsordnung für Niederösterreich von 1514 und die für Oberösterreich von 1559), die zweite wiederum diejenigen, welche lediglich die Realkonkurrenz kennen, und den Grundsatz der Strafenhäufung aufstellen (die Landgerichtsordnung Ferdinands III. für Niederösterreich von 1656 und die Halsgerichtsordnung Josephs I. von 1708. Vgl. Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, S. 33 ff.).

C. C. Theresiana, welche die bekannte Tendenz zur Weitläufigkeit auch mit Bezug auf die Verbrechenskonkurrenz aufweist, handelt davon in dem aus zehn Paragraphen bestehenden Artikel 14, der $1^1/_2$ Seiten in folio in Anspruch nimmt (genug, um die diesbezüglichen Ansichten des Gesetzgebers auszusprechen); und doch ist von der Idealkonkurrenz dort nicht einmal die Rede. Der Titel selbst weist darauf hin, daß das Gesetz lediglich die Realkonkurrenz

ins Auge faßt: „Vierzehnter Artikel, wie es zu halten, wenn unterschiedbare Missethaten zusammentreffen." Der Ausdruck „Missetat" kann nur zur Bezeichnung einer verbotenen Tat gebraucht werden.[1]) Dieser Ausdruck kann sich auf die ideale Rechtsverletzung absolut nicht beziehen. Jeden eventuellen Zweifel verscheucht der Text, insbesondere § 3: „Wenn demnach einer zweyerley schwere Übelthaten verübet hat, deren jedwedere die Todesstraff nach sich ziehet, solle man nur diejenigen Straff zuerkennen, welche unter beiden die schärfste ist, z. B. wenn jemand einen Diebstahl und eine vorsätzliche Mordthat begangen, solle er als ein Mörder durch das Rad hingerichtet und zum Zeichen des Diebstahls ein Galgen auf das Rad gemachet . ."

Die weitläufigen Bestimmungen der Theresianischen Halsgerichtsordnung werden im Josephinischen Strafgesetze kurz zusammengefaßt (§ 15): „Ist ein Verbrecher mehrerer unter sich verschiedener Missethaten schuldig, so soll die Strafe nach demjenigen Verbrechen, worauf die schärfere Strafe bestimmt ist, zuerkennet, zugleich aber auf jedes Verbrechen wegen Verschärfung der Bestrafung Bedacht genommen werden."

Diese Stilisierung ist ungemein wichtig, weil diejenige der späteren österreichischen Strafgesetze auf dieses Vorbild zurückzuführen ist. Das Gesetz gebraucht promiscue: Missetat und Verbrechen, diese beiden Begriffe sind für den Gesetzgeber offenbar identisch. Daß die Missetat eine verbrecherische Tat ist, folgt aus der Stilisierung anderer Vorschriften: vgl. § 5: „nach vollbrachter Missethat"; § 8: „ist auch nicht nöthig, daß die Übelthat wirklich ausgeführet werde . ., die That nur aus Unvermögenheit nicht vollbracht worden ist."

Vom Josephinischen Gesetze an läßt sich eine fortdauernde Tendenz zur Kürze der gesetzlichen Fassung bemerken; das Strafgesetzbuch für Westgalizien von 1796 spricht sich in seinem § 38 noch kürzer aus: „Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen von verschiedener Gattung begangen, so ist er nach jenem, auf welches die schärfere Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auch auf die

---

[1]) Missetat-Fehltat (Grimm, D. W. B., VI, S. 2261). „Miß" bedeutet untrennbare Vorsilbe in Verbindung mit nominibus und Verben — verfehltes, falsches, unrechtes bezeichnend. Die nhd. Form ist . . . misse geblieben, fast durchgängig in missethat, missethäter (ib. S. 2274).

übrigen Verbrechen zu bestrafen." Hier begegnen wir zum erstenmal jenem: „mehrere Verbrechen begangen", das später zu manchem Mißverständnisse Anlaß gegeben hat. Der Gesetzgeber behält die allgemeinen Merkmale und die grundsätzlichen Wendungen des § 15 des Gesetzes von 1787, infolgedessen ist anzunehmen, daß die Vertretung des Wortes „Missetat" durch „Verbrechen" eher auf stilistische Rücksichten, als auf einen tieferen kodifikatorischen Gedanken zurückzuführen ist. Deswegen erlauben wir uns zu behaupten, daß das Wort „Verbrechen" eine verbrecherische Tat, eine Handlung, welche durch das Gesetz verboten ist, zu bezeichnen hat, niemals aber eine abstrakte Rechtsverletzung (vgl. „die Übelthat eingeleitet", § 5).

Das Strafgesetz von 1803 behält denselben Wortlaut, es geht bloß das Wörtchen „auch" verloren.

Das geltende Strafgesetz fügt zum bisherigen Ganzen noch die Worte hinzu: „welche Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburteilung sind", dafür wird der Ausdruck „verschiedener Gattung" nicht mehr wiederholt. Es folgt daraus, daß der Geist der §§ 34, 35, 267 Str. G. dem Gesetze von 1796 entlehnt ist somit ist auch das Wort Verbrechen als Missetat in einem streng realen Sinne aufzufassen; die geschichtliche Interpretation berechtigt uns nicht, diesem Worte einen anderen Sinn beizulegen.

Die Entwicklungsgeschichte des Gesetzes läßt uns nicht auf die kleinste Spur der Idealkonkurrenz kommen . . .

III. Logische Interpretation.

§ 7. Was das Strafgesetz von 1803 unter „Verbrechen" verstanden hat, erfahren wir aus der Einleitung zu demselben: „Von den Gegenständen dieses Strafgesetzes". Wir erfahren dort folgendes: „1. Jede gesetzwidrige Handlung unterwirft einer Verantwortlichkeit. . . 2. Verbrechen sind gesetzwidrige Handlungen und Unterlassungen, bey welchen die Absicht . . ." Verbrechen sind also solche Handlungen, welche dem Gesetze widersprechen. Es steht nichts im Wege, diese Auffassung in das Strafgesetz von 1852 hineinzuführen, denn es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß die Revision bei wichtigen Grundsätzen von einer abweichenden Anschauungsweise ausgegangen sein sollte (vgl. Herbst, 7. Aufl. S. 14 f.).

Wenn wir aber das ursprüngliche Gesetz beiseite lassen, und uns auf die Bestimmungen des geltenden beschränken, so kommen wir doch zu einem ähnlichen Resultate, wenn wir nur den Geist des ganzen Gesetzes und die ihm eigene Ausdrucksweise berücksichtigen wollen.

Ziehen wir vor allem das Kundmachungspatent in Erwägung; schon im Art. 1 begegnet man einer schlichten Äußerung: „das nachfolgende Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen als alleinige Vorschrift für die Bestrafung der darin bezeichneten Handlungen", das Strafgesetz ist also mit der Vorschrift für die Bestrafung identisch, und jene Verbrechen usw. sind nichts anderes, als Handlungen. Und nun Art. 2: „Hat das gegenwärtige Strafgesetz in Beziehung auf die darin als Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen erklärten strafbaren Handlungen auch dann zur Richtschnur zu dienen, wenn dieselben durch Druckschriften begangen werden."

Es folgt daraus: Verbrechen (Vergehen, Übertretung) ist eine strafbare Handlung, als solches (Verbrechen usw.) durch das (gegenwärtige) Strafgesetz erklärt.

Daß „Verbrechen" und „strafbare Handlung" für das Strafgesetz identische Begriffe sind, liefert der Umstand den besten Beweis, daß das Gesetz dieselben promiscue gebraucht, vgl. z. B. § 28: einmal „wenn ein Verbrechen ... begangen wurde", das andere Mal „wo die strafbare Handlung begangen wurde"; ähnlich § 140 „die Handlung . . . ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Todschlag".

Verbrechen usw. ist also eine solche Handlung, welche durch das Gesetz (Vorschrift für die Bestrafung) als strafbar anerkannt worden ist und einer entsprechenden Strafe zugeführt wird.

Deswegen begegnen wir auch folgenden Wendungen: „Derlei Handlungen . . . als Verbrechen mit Kerker . . . zu bestrafen (§ 64). Wer eine der bezeichneten Handlungen begeht . . . macht sich des Verbrechens schuldig . . . und ist mit Kerker . . . zu bestrafen (§ 66). Wer gegen einen Menschen handelt . . . wird des Verbrechens schuldig (§§ 134, 152). Obgleich Handlungen, die sonst Verbrechen sind . . . nicht als Verbrechen angesehen werden können (§ 236). Die strafbaren Handlungen . . . , die nur wegen Unmündigkeit des Täters nicht als Verbrechen zugerechnet werden, (werden) als Übertretungen bestraft (§§ 237, 269*a*, 270, 273). Solche strafbare

Handlungen, welche schon an sich Vergehen oder Übertretungen sind (§ 269 *b*). Die strafbaren Handlungen, welche nach Verhältnis der Wichtigkeit und ihres nachteiligen Einflusses hiermit als Vergehen oder Übertretungen erklärt werden (§ 274, vgl. auch die §§ 275 bis 277). Wenn aber eine der in den §§ 308 bis 310 genannten Handlungen durch Druckschriften begangen wird, soll sie als Vergehen mit ... geahndet werden (§ 310). Jede Handlung oder Unterlassung ... soll als Übertretung mit ... als Vergehen mit ... geahndet werden (§ 335), die anderen Handlungen und Unterlassungen ... sind als Übertretungen zu bestrafen (§ 459)."

Aus dieser Zusammenstellung ergibt sich, daß die Worte: „Verbrechen usw." bloß Benennungen sind, deren Zweck die Angabe des Grades der Strafbarkeit ist. Eine „strafbare Handlung" kann auch eine Benennung nach ihrer Art, nicht mehr nach ihrer Gemeinschädlichkeit erhalten, z. B. „die erwähnten Handlungen ... sind (als Hochverrat) zu beurteilen und zu bestrafen (§ 58)."

Eine Handlung kann nur unter der Bedingung „Verbrechen usw." oder „Hochverrat" usw. heißen, daß sie eine G e s e t z e s ü b e r t r e t u n g darstellt und namentlich eine solche, welche in den Bereich des Strafgesetzes fällt. Deswegen spricht auch das Kundmachungspatent (Art. 5) von „anderen Gesetzesübertretungen", deren „Bestrafung und Behandlung den dazu bestimmten Behörden nach den darüber bestehenden Vorschriften überlassen" bleibt.

Daß diese „Gesetzesübertretung" real aufzufassen ist, liefert den besten Beweis dieser Umstand, daß das Gesetz diesen Ausdruck manchmal mit der „strafbaren Handlung" promiscue gebraucht. (Vgl. § 311: insoferne sich darin nicht das im § 105 bezeichnete Verbrechen oder eine andere schwerer verpönte G e s e t z e s ü b e r t r e t u n g darstellt; vgl. anderseits §§ 300, 302, 305, 309, 312, 411, 478, in welchen zu lesen ist: „wenn nicht eine schwerer verpönte strafbare Handlung darstellt.")

Es folgt daraus: Eine Handlung, welche eine Gesetzesübertretung darstellt, ist infolgedessen auch strafbar, wird durch das Strafgesetz (Vorschrift für die Bestrafung) in eine der drei Gruppen (Verbrechen, Vergehen, Übertretungen) eingereiht und einmal leichter, das andere Mal schwerer verpönt.

§ 8. Die Handlung muß in der Außenwelt real unternommen werden, „die Handlung, die strafbare Handlung wird begangen

(vgl. Art. 2 des Kundmachungspatentes), auch wenn sie eine spezielle Benennung trägt (Verbrechen usw.) muß sie auch begangen werden. (Vgl. §§ 4, 7, 28, 29, 36, 37, 38, 44*a*, *e*, 46*c*, 52, 58, 76, 99, 101, 102, 104, 106, 118, 120, 122, 125, 128, 149, 166, 204, 206, 211, 227, 263, 307, 451, 477, 493.) Auch andere analoge Ausdrücke, wie „das vollbrachte Verbrechen" (vgl. §§ 8, 47*a*) oder das Verbrechen „verüben" (vgl. §§ 4, 47*b*, 236) bilden keine Seltenheit.

Die strafbare Handlung als ein in der realen Welt abspielender Prozeß kann sich nicht darauf beschränken, eine Normwidrigkeit, eine Rechtsverletzung zu bleiben, sondern muß dem Kausalitätsgesetze gemäß auch gewisse Veränderungen in der Außenwelt hervorrufen. Die Folgen einer „Übeltat" können keine gute, sondern müssen „üble, schädliche Folgen" sein. Eine Übeltat hat immer ein Übel zur Folge (vgl. § 1 „das Übel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, bedacht und beschlossen ... das Übel, welches dadurch, daß etwas unternommen oder unterlassen worden, entstanden ist (gemeiniglich erfolgt oder leicht erfolgen kann). Das Übel kann in einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Eigentum (§ 98*b* das angedrohte Übel) oder in der Pest oder anderen ansteckenden Krankheiten, welche für den allgemeinen Gesundheitszustand gefährlich sind, bestehen (vgl. § 393 „das Übel herbeiführen oder weiter verbreiten").

Schädliche Folgen werden oft erwähnt: „wenn jedoch die Beleidigung Folgen nach sich gezogen (§ 313), eine schädliche Folge (§ 61 vgl. § 354), erfolgte Schaden (§ 319), wirklicher Schaden erfolgt (§ 430), Unordnungen und Ausschweifungen als gewöhnliche Folgen (§ 500)." Für die Schuldfrage wichtig ist es, daß diese Folgen für jedermann leicht erkennbar, natürlich sein müssen (§ 335).

Wenn diese Folgen nicht geradezu als schädlich bezeichnet werden, so gelten sie keineswegs als erwünscht: „die Handlung mit Qualen ... verbunden war" (§ 155*c*). Hat das Verbrechen für den Beschädigten den Verlust der Sprache nach sich gezogen (§ 156). Hat die Gewalttätigkeit einen wichtigen Nachteil der Beleidigten zur Folge gehabt ... hat das Verbrechen den Tod der Beleidigten verursacht (§ 126).

Das Übel kann eben „aus Unwissenheit der Folgen der Handlung" entstehen (§ 2 f.).

Die strafbare Handlung wird meistenteils mit der Absicht, eine jener schädlichen Folgen hervorzurufen, begangen, eine solche Absicht heißt deswegen „böse Absicht", oder „böser Vorsatz" (§ 1), da die strafbare Handlung mit dem Erfolge zusammen beurteilt wird, so gebraucht das Gesetz den Ausdruck: „Absicht auf das Verbrechen", wobei die reale Bedeutung des Wortes: „Verbrechen" besonders hervorgehoben wird.

Als eine Regel betrachtet das Gesetz, daß eine strafbare Handlung aus einer bösen Absicht unternommen wird und daß Schaden oder Nachteil daraus erfolgt. Da keine Regel ohne Ausnahmen bekannt ist, so statuiert das Gesetz auch eine Ausnahme: „schon die gegen ein Verbot vollbrachte Handlung oder gegen ein Gebot geschehene Unterlassung ist, insofern sie durch dieses Gesetz dafür erklärt wird, ein Vergehen oder eine Übertretung, obgleich weder eine böse Absicht dabei mit unterlaufen, noch Schaden oder Nachteil daraus erfolgt ist" (§ 238).

Da die Ausnahmen die Regel zu bestätigen pflegen, so wäre somit festzustellen, daß das Gesetz ausnahmsweise das strafbare Delikt als einen Ungehorsam gegen ein Verbot oder ein Gebot, kurz als eine Rechtsverletzung auffaßt, daß im Gegenteil in der Regel eine ideale Rechtsverletzung nicht ausreicht, da man noch die Absicht, einen strafbaren Erfolg herbeizuführen, und diesen Erfolg selbst als wesentlich erachtet. Diese Regel gilt bezüglich der Verbrechen ausnahmslos.

Auf Grund des oben Angeführten läßt sich eine Definition der strafbaren Handlung aufstellen, so wie sie das österreichische Strafgesetz auffaßt: das Verbrechen (sensu largo) ist eine Handlung (Tat, Übeltat), welche mit der (bösen) Absicht, in der Außenwelt Übel (üble Folgen) hervorzurufen, begangen (verübt) wird und durch das Strafgesetz, welches eine Vorschrift für die Bestrafung ist, als strafbar und als eine der drei Unterarten: Verbrechen, Vergehen, Übertretungen erklärt und zugerechnet wird.

Es folgt daraus, daß das österreichische Strafgesetz bei der Begriffsbestimmung des Verbrechens sich auf eine reale Basis stützt und einen Einschub des „wissenschaftlichen" oder „juristischen" Begriffes der Handlung absolut nicht zuläßt. Wenn die oben genannte Schule (vgl. S. 82, Note 2) so viele Handlungen annimmt, wie viel Absichten vorliegen, so ist das österreichische Gesetz bereit, eine

Handlung anzunehmen, wenn auch mehrere Absichten vorhanden sein sollten. Wenn die erwähnten Theoretiker unter der strafbaren Handlung das schuldhafte Verhalten des Willens verstehen, so spricht das Gesetz ausdrücklich von einem realen Vorgang in der Außenwelt: die Handlung muß begangen, verübt werden. Wenn die Theoretiker unter dem Erfolg eine Gesetzes- oder Rechtsverletzung (z. B. Verletzung der ehelichen Treue, Familienschändung) verstehen, so spricht das Gesetz von üblen, schädlichen Folgen, welche in Qualen, Vermögensnachteilen, oder körperlichen Verletzungen bestehen. Wir haben schon oben (S. 82, Note 2) hervorgehoben, daß der „juristische" Begriff der Handlung mit dem täglichen Sprachgebrauch in einem eklatanten Widerspruche steht (diese Feststellung hat für die Theoretiker gar keine Bedeutung, da sie die Antwort zur Hand haben, der Begriff des täglichen Lebens sei ein Afterbegriff). Wir wollen keine theoretische Diskussion bezüglich der Stellung der Wissenschaft zum Sprachgebrauch aufnehmen, wir haben es auch nicht nötig, da wir lediglich dem Standpunkt des Gesetzes Rechnung tragen. Sollte vielleicht der Spitzname „Afterbegriff" auch dem Gesetze gegenüber Geltung behalten? Möglich, mögen sich die Mitglieder der zahlreichen, kodifikatorischen Kommissionen aus dem XVIII. und XIX. Jahrhundert schämen, daß sie uns solche Begriffsbestimmung der Handlung zurückgelassen haben, wir können nichts dafür, wir können aber auch nichts dagegen helfen. Einen „wissenschaftlichen" Begriff dort einzuführen, wo er dem allgemeinen Geiste des Gesetzes widerspricht, heißt diesen Geist zu fälschen, solches Verfahren wäre ein Akt der ausgesprochenen Willkür. Lex antiquo modo scripta, sed ita scripta!

Sollte man den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen, sollte eine dem Geiste des Gesetzes widersprechende Begriffsbestimmung willkürlich in dasselbe eingeführt werden, so müßte auch der sonst sowieso ungerechte und der modernen Entwicklung nicht würdige[1]) Grundsatz: „mit der Unwissenheit des Gesetzes kann sich niemand entschuldigen" erweitert werden; er müßte lauten: „mit der Unwissenheit des Gesetzes und der „wissenschaftlichen" Interpretation desselben kann sich niemand entschuldigen."

---

[1]) Vgl. meine Ausführungen in der Philosophie des Strafrechtes S. 403 ff.

Vorläufig hat diese Stilisierung noch keine Geltung.

Wir kommen nunmehr zur Konklusion bezüglich der Idealkonkurrenz: der Satz — „hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen" — ist dem Geiste des Gesetzes gemäß real aufzufassen, dieser Satz bedeutet also: „hat ein Verbrecher mehrere strafbare Handlungen, mehrere Übeltaten, mehrere Taten, deren jede üble Folgen nach sich gezogen hat, begangen (verübt)". Da Taten und nicht Verletzungen des Rechts oder des Gesetzes gemeint werden, so ist es ausgeschlossen, daß man mit einer Tat mehrere Verbrechen begeht, somit ist die eintätige Konkurrenz den §§ 34, 35, 267 Str. G. unbekannt. Das österreichische Strafgesetz von 1852 kennt keine Idealkonkurrenz.[1])

IV. Rechtsvergleichung.

§ 9. Die moderne Methode der Rechtsvergleichung liefert nicht bloß ein reiches und interessantes Material für die Entwicklungsgeschichte des Rechtes und die Rechtsphilosophie, sie verfolgt auch praktischere Ziele, sie kann unter Umständen auch anerkennenswerte Dienste zur Gesetzesauslegung bieten. Gesetze entstehen nicht auf die Art der Geburt Athenes, sie entspringen nicht einem von der Umgebung gänzlich unabhängigen Kopfe des Gesetzgebers, im Gegenteil: der Einfluß der zeitgenössischen Kultur ist in der Regel in hohem Grade sichtbar. Nicht nur die allgemeinen Linien der Kulturstufe tun sich auf den ersten Plan hervor,

---

[1]) Es ist charakteristisch, daß das Militärgesetzbuch von 1855 eine ausdrückliche Vorschrift enthält, welche zweifelsohne auf die Idealkonkurrenz gemünzt ist: „Die Anordnungen der §§ 96 bis 99 finden auch dann ihre Anwendung, wenn durch eine und dieselbe Handlung dieses Strafgesetz in verschiedenen Beziehungen übertreten worden ist, ohne daß jedoch nach den gesetzlichen Begriffsbestimmungen eine dieser Gesetzesübertretungen schon in der anderen enthalten ist." Eine analoge Vorschrift fehlt im Strafgesetze von 1852; der Militärgesetzgeber, welcher sie vermißt hat, und die Idealkonkurrenz sichtbar benötigte, hat es als angezeigt erachtet, diese Vorschrift einzuführen. Diese Taktik des Militärgesetzgebers liefert den besten Beweis, daß er die Vorschrift des § 96 als diesbezüglich nicht zulänglich erachtet hat. § 96 M. Str. B. hat jedoch denselben Wortlaut (Wort für Wort), wie § 34 des Zivilstrafgesetzes.

In einem Lehrbuche des österreichischen Strafrechtes wird aus eben diesem Umstande die Folgerung gezogen, daß das Zivilstrafgesetz die Idealkonkurrenz kennt. Sonderbare Logik!

wobei die nationalen Eigentümlichkeiten verhältnismäßig kleine Rolle spielen, sondern auch die kodifikatorische Technik verfolgt analoge Bahnen. Wenn bei Behandlung eines Rechtsinstitutes bei den Völkern derselben Kulturstufe Verschiedenheiten bestehen, so sind dieselben wenig zahlreich, und lassen sich mit zwei oder drei prinzipiellen Gruppen umfassen. Hat man einmal diese Gruppen konstruiert, so ist die weitere Aufgabe leicht: man entscheidet bloß, zu welcher Gruppe die betreffende Vorschrift gehört. Ich erblicke darin einen Gewinn für die Gesetzesauslegung: die Vergleichung der Gruppen untereinander präzisiert die grundsätzlichen Verschiedenheiten, läßt das Wesentliche derselben erscheinen, während wiederum die Vergleichung der zu einer Gruppe gehörenden Vorschriften keine Täuschungen über ihre Natur zuläßt. Das Kopfzerbrechen darüber, was das Gesetz im gegebenen Falle bestimmen wollte, läßt sich dadurch auf ein Minimum einschränken. Als ein Beispiel der Anwendung dieser Methode wollen wir unseren Fall behandeln.

Die Strafgesetze der sogenannten Kulturvölker schlagen bezüglich der Idealkonkurrenz einen dreifachen Weg ein: 1. entweder erwähnen dieselbe ausdrücklich in irgend einer Form, oder 2. nehmen in den diesbezüglichen Fällen die Gesetzeskonkurrenz an, wodurch mittelbar die Idealkonkurrenz ausgeschlossen wird, oder 3. erwähnen weder die Idealkonkurrenz noch die Gesetzeskonkurrenz, und sprechen lediglich vom Zusammentreffen mehrerer Verbrechen (strafbaren Handlungen).

Ad 1. Meistenteils vermissen wir die ausdrückliche Benennung „Ideale Konkurrenz" (eine Ausnahme bildet diesbezüglich das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840, Art. 105 Marginalrubrik), dagegen begegnet man öfters deskriptiven Bezeichnungen wie: „Bestrafung mehrerer durch eine Handlung begangener Verbrechen" (Sachsen-Altenburg 1841, M. R. zu Art. 48) oder „Zusammentreffen (Konkurrenz) mehrerer Verbrechen in einer Handlung" (Königreich Sachsen 1855, M. R. zu Art. 77).

Die Stilisierung der gesetzlichen Vorschrift läßt über den Standpunkt des Gesetzgebers keinen Zweifel zu; nach dem Vorbilde des Feuerbachschen Werkes, des bayrischen Str. G. B. von 1813 (Art. 110, II), lautet sie: „Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlung (zu gleicher Zeit oder zugleich)

mehrere Verbrechen oder Übertretungen begangen hat . ." (vgl. Oldenburg 1814, Art. 115, II, Sachsen-Altenburg 1841, Art. 48, Braunschweig 1840, § 55, Hannover 1840, Art. 105, Thüringen 1850, Art. 50, Preußen 1855, § 55, Finnland 1889 Kap. 7, § 1, Chile 1889, Art. 75), „eine einzige Tat zwei oder mehrere Delikte darstellt" (Norwegen 1902, §§ 62 f., vgl. auch Dänemark 1866, § 62.[1])

Ad 2. Auch diese Gruppe von Vorschriften trägt selten einen technischen Namen im Gesetze (eine Ausnahme bildet das Str. G. für das Großherzogtum Baden, Marginalrubrik zu § 182. „Übertretung mehrerer Gesetze durch eine Tat"). Dafür ist die Stilisierung der Vorschrift klar: „Hat jemand durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze übertreten... colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge... wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt... fällt eine Handlung unter mehr als eine Strafbestimmung..." (vgl. Württemberg 1839, Art. 123, Baden 1845, § 182, Bayern 1862, Art. 84, Hessen 1841, Art. 113, Nassau 1849, Art. 112, Deutschland 1871, § 73, Ungarn 1878, § 95, Niederlande 1881, Art. 55, Italien 1889, Art. 78, Bulgarien 1896, Art. 63, Vorentwurf für Japan, Art. 70 und die Schweiz, Art. 45).

Ad 3. Die dritte Gruppe umfaßt diejenigen Gesetze, welche lakonisch vom Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen sprechen. Hier gehören die Strafgesetze für Portugal 1852, Mexiko 1871. Man spricht von „Häufung" von Verbrechen (Portugal, Art. 38 und 102, Mexiko, Art. 206 ff.). In keinem dieser beiden Fälle wird die Möglichkeit einer eintätigen Konkurrenz erwähnt, in keinem auch die Verletzung mehrerer Gesetze durch eine und dieselbe Handlung betont. Wer das kasuistische Kapitel IV des mexikanischen Strafgesetzes, das Bestimmungen über die Anwendung der Strafen im

---

[1]) Zwar wird die allgemeine Form: „Hat jemand durch eine und dieselbe Handlung . . ." nicht erwähnt, so folgt aus dem II. Absatze des § 62, daß an diesen Fall gedacht worden ist. Es werden nämlich zwei Eventualitäten hervorgehoben: „fallen sie (die Verbrechen) alle unter verschiedene Strafbestimmungen, so soll sich die Strafe . . ." und „jedoch kann dieselbe, wenn durch mehrere Verbrechen verschiedener Art begangen . . ." Es folgt daraus, daß im ersten Falle Verbrechen verschiedener Art durch eine und dieselbe Handlung begangen, berücksichtigt werden.

Falle der Häufung und des Rückfalles enthält, liest, kann sich der Empfindung nicht erwehren, daß man hier die Häufung ganz real auffaßt. Dieser Eindruck wird noch vertieft, wenn man unter den „erschwerenden Umständen" folgende Bestimmung findet: Art. 44 (des mexikanischen Strafgesetzes). „Erschwerende Umstände erster Klasse sind: 11. Wenn eine Tat verübt wird, durch welche mehrere Strafgesetzbestimmungen verletzt werden. In diesem Falle sind so viele Erschwerungen vorhanden, als Gesetze verletzt werden..." Es folgt daraus, daß, wenn man zwei Gesetze durch eine und dieselbe Handlung verletzt, keine Häufung von Verbrechen vorliegt, und dieser Umstand bloß als ein erschwerender (bei dem Strafausmaße) gilt.

Noch unzweideutiger wird derselbe Grundsatz im portugiesischen Gesetze ausgesprochen; es heißt dort nämlich (§ 38): „Wenn dieselbe Handlung in zwei oder mehreren gesetzlichen Bestimmungen vorgesehen ist und danach bestraft wird, als bilde sie verschiedene Verbrechen, so ergibt sich nicht die Häufung von Verbrechen." Der Kommentator des Strafgesetzes, Tavares de Medeiros, äußert sich über diese Bestimmung (in Liszt-Crusen Str. G. G. der G. I, S. 542) folgendermaßen: „Der Umstand, daß eine Tat von verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten aus strafbar ist, ist nicht geeignet, ein Zusammentreffen strafbarer Handlungen als vorliegend erscheinen zu lassen (Art. 38)."

Das Gesamtbild ist klar: Diejenigen Strafgesetze, welche lediglich von einer Häufung, einem Zusammentreffen von Verbrechen handeln, kennen keine Idealkonkurrenz oder schließen sogar dieselbe ausdrücklich aus.

Wenn wir fragen, zu welcher Gruppe das österreichische Gesetz gehört, so ist die Antwort leicht zu vermuten: zu der letzten.[1]) Das Gesetz ist ja ebenso lakonisch wie die obgenannten: „Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen,..." die Marginalrubriken sprechen lediglich „vom Zusammentreffen mehrerer Verbrechen, oder von Verbrechen mit Vergehen oder Übertretungen" usw. Es liegt nahe, daraus die Folgerung zu ziehen, daß

---

[1]) Vielleicht nicht ganz ohne Bedeutung ist der Umstand, daß eines der Vorbilde des portugiesischen Strafgesetzes das österreichische Strafgesetzbuch war. (Vgl. Tavares, a. a. O., I, S. 536 ff.)

dem österreichischen Gesetze die Idealkonkurrenz fremd ist, daß sie dem Geiste der Gruppe widerspricht, weil sie die Beurteilung einer Tat von verschiedenen gesetzlichen Gesichtspunkten aus nicht als Zusammentreffen von Verbrechen auffaßt.

§ 10. Die Rechtsvergleichung bietet uns noch eine andere Gelegenheit, die Richtigkeit unserer These zu prüfen.

Wir haben bisher eine Gruppierung der Gesetze auf einer formalen Grundlage der Stilisierung einzelner Vorschriften unternommen. Fassen wir jetzt unser Gesetz auf Grund der verwandten Rechtsbildungen der deutschen Gesetze ins Auge. Zwischen der ersten Ausgabe des österreichischen Strafgesetzes und der revidierten von 1852 liegt eine ganze Reihe deutscher Strafgesetze, welche derselben Epoche, derselben Kultur entspringen: der grundsätzliche Ideengang muß doch derselbe sein, und als einen Prüfstein wollen wir nunmehr eine ziemlich allgemeine Idee nehmen, nämlich die der Gerechtigkeit; in der Regel bieten verwandte Gesetzgebungen analoge Auffassung derselben.

Wie kann sich die Gerechtigkeit bezüglich unserer Frage äußern, frägt man. Ganz einfach: es handelt sich darum, wie das Gesetz die Idealkonkurrenz mit Rücksicht auf das Strafausmaß im Gegensatz zur Realkonkurrenz behandelt. Ich gebe ganz aufrichtig zu, daß es eine Ansichtssache ist, ob die Idealkonkurrenz weniger strafbar ist, als die andere. Dies ist aber meine Überzeugung, daß die deutschen Gesetze aus der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts diesbezüglich einen gemeinsamen Standpunkt eingenommen haben müßten. Und welcher war dieser Standpunkt?

Wenn wir die durch Stenglein herausgegebene „Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher" (München 1858) durchblättern und die diesbezüglichen Vorschriften genauer Prüfung unterziehen, so kommen wir zur Überzeugung, daß alle zu dieser Familie gehörenden Gesetze den Grundsatz anerkennen, zwischen der Idealkonkurrenz (beziehungsweise der eintätigen Verletzung mehrerer strafgesetzlichen Bestimmungen) und der Realkonkurrenz bestehe rücksichtlich der Strafbarkeit ein prinzipieller Unterschied! Mit Ausnahme des österreichischen, sprechen sich alle ausdrücklich dahin aus.[1])

---

[1]) Meistenteils gilt bezüglich der Realkonkurrenz der Grundsatz der Strafenhäufung, bezüglich der Idealkonkurrenz der poena maior cum ex-

Wenn wir die Familienzugehörigkeit des österreichischen Gesetzes berücksichtigen, so können wir nicht umhin, unsere These aufrechtzuhalten; es ist ja unmöglich, daß ein Gesetz einen zeitgemäßen, allgemein anerkannten Grundsatz verwerfen und dies nicht zugleich ausdrücklich aussprechen sollte!

Darf man aus dem Schweigen des Gesetzes die Folgerung ziehen, daß es den üblichen Standpunkt verlassen hat? Glaube kaum. Was bedeutet also das Schweigen des Gesetzes? Ganz einfach, daß es nicht nötig hat, sich auszusprechen. Warum? Weil es keine andere Konkurrenz kennt, als die Realkonkurrenz. Somit ist jeder Zweifel benommen, und das Gesetz bleibt mittelbar dem Familiengrundsatze treu: begeht jemand eine Handlung, welche mehrere Bestimmungen des Gesetzes verletzt, so ist, da eine besondere Vorschrift fehlt, diejenige Bestimmung anzuwenden, welche die schwerste Strafe enthält, und damit fertig; hat er aber mehrere Verbrechen begangen, so kommt der Grundsatz des § 34 zur Anwendung: es ist mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu strafen.

Der übliche Unterschied in der Behandlung ist vorhanden, ohne daß sich das Gesetz unnötigerweise äußert.

Die Rechtsvergleichung führt also zu folgenden Ergebnissen:

1. Das österreichische Strafgesetz gehört zu dem Typus von Gesetzen, welche weder die Idealkonkurrenz, noch die Gesetzeskonkurrenz ausdrücklich erwähnen und lediglich vom „Zusammentreffen mehrerer Verbrechen" sprechen. Solche Gesetze pflegen unzweideutig zu verstehen zu geben, daß ihrer Ansicht nach die eintätige Verletzung mehrerer strafgesetzlichen Bestimmungen kein Zusammentreffen von Verbrechen ausmacht.

2. Das österreichische Strafgesetz gehört, was die Zeit der Entstehung und kulturelle Verwandtschaft anbelangt, zu der

---

asperatione (vgl. Bayern 1813, Art. 108 ff., Oldenburg 1814, Art. 114, Sachsen-Altenburg 1841, Art. 48 ff., Braunschweig 1840, § 55 ff., Hannover 1840, Art. 105 ff., Hessen 1841, Art. 104 ff., Nassau 1849, Art. 99 ff., Thüringen 1850, Art. 50 ff., Preußen 1851, § 55 ff.). Es gibt aber auch eine andere Gruppe, welche bei der Realkonkurrenz eine eingeschränkte Strafenhäufung zulassen, sonst bei der Idealkonkurrenz den Grundsatz: poena maior . . . behalten (vgl. Württemberg 1839, Art. 115 ff., Baden 1845, § 170 ff., Königreich Sachsen 1855, Art. 77 ff.).

Gruppe der deutschen Strafgesetze aus der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts. Die zu dieser Gruppe gehörenden Gesetze bewahren den Grundsatz, daß die Idealkonkurrenz prinzipiell weniger strafbar ist, als die Realkonkurrenz.

Sollte das österreichische Strafgesetz die Idealkonkurrenz kennen, so müßte es also in beiden obengenannten Richtungen hin eine Anomalie bilden! Zu dieser Annahme fehlt uns jeder Grund.

V. Geschichte der Judikatur.

§ 11. Die österreichische Judikatur hat mit Bezug auf die Frage der Idealkonkurrenz eine höchst interessante Geschichte. Die gleich nach der Kundmachung des Strafgesetzes von 1852 gefällten Entscheidungen des Kassationsgerichtshofes enthalten (bis zum Jahre 1855 einen ganz klar ausgesprochenen Grundsatz: „eine und dieselbe Handlung kann nicht aus einem doppelten Gesichtspunkte nach verschiedenen Strafgesetzen als strafbar angesehen werden" (also keine Konkurrenz der Majestätsbeleidigung mit der Störung der öffentlichen Ruhe, vgl. Entsch. vom 11. August 1853, Glasers Slg., Nr. 337 und Herbst, Grunds. Entsch. Slg. 2, ferner: keine Konkurrenz von Verleumdung und Betrug, vgl. Entsch. vom 27. Oktober 1853, Glasers Slg., Nr. 379, vgl. auch Nr. 478).

Eine neue Epoche bricht mit dem Jahre 1855 herein; es wird ein typischer Fall der Konkurrenz von Notzucht und Blutschande entschieden; das Oberlandesgericht Triest steht noch auf dem Standpunkte, daß es sich um eine Tat handelt, und daß daher die Anklage lediglich das schwerere Verbrechen berücksichtigen kann (und es gibt auch nur der Anklage auf Notzucht statt). Der Kassationshof polemisiert mit dieser Ansicht (es gebricht jedoch noch an prinzipieller Stellungnahme), es wird als „nicht unbedingt richtig (!)" die Ansicht bezeichnet, daß „ein und dasselbe Faktum als verschiedene Verbrechen nicht angerechnet werden könne, was insbesondere dort sich zeigt, wo in dem Mittel, um das als Zweck angestrebte Verbrechen zu vollbringen, ein selbstständiges Verbrechen liegt" (Entsch. vom 20. November 1855, Glasers Slg., Nr. 712).

Seit dieser Zeit verläßt der K. H. diesen Standpunkt der Möglichkeit einer I. K. nicht mehr, es folgen mehrere ähnliche

Entscheidungen, ohne je theoretisch tiefer zu greifen (vgl. Nr. 728, 926, 970, 1000, 1135, 1318, 1325).

Es ist interessant, festzustellen, daß die Untergerichte nicht nachgeben wollen: Fälle, in welchen mit der ausdrücklich ausgesprochenen, entgegengesetzten Meinung derselben zu kämpfen ist, kommen nicht selten vor, vgl. z. B. die Ansicht des O. L. G. Temesvar bezüglich des Zusammentreffens von Abtreibung der Leibesfrucht und Beschädigung der Mutter (Slg. Nr. 926); der K. H. äußert sich lakonisch: „die Ansicht aber, daß durch eine Handlung auch nur ein Verbrechen begangen werden könne, weder im Gesetze begründet ist, noch aus der Natur der Sache (!) als Grundsatz aufgestellt werden kann." Manchmal (in praktischen Fällen) wird das Vorhandensein der I. K. geleugnet (Beleidigung obrigkeitlicher Personen mit Gewalt gegen dieselben E. Nr. 1135 Realinjurie und Sachbeschädigung E. Nr. 1325) der prinzipielle Standpunkt bleibt aber immer aufrecht.

Es kommt sogar zur theoretischen Vertiefung der diesbezüglichen Auffassung; einen Anlaß dazu gibt das Auftreten des Generalprokuratorstellvertreters Dr. Ritter v. Liszt, am 18. März 1875 (vgl. Nowaks Slg., Nr. 53): es war wiederum gegen die offenbar tief eingewurzelte Ansicht der Untergerichte, „daß eine und dieselbe Handlung nicht einen doppelten Tatbestand einer strafbaren Handlung begründen könne" (Landesgericht Innsbruck) vorzukämpfen. Diesmal wurde eine theoretisch gut begründete, folgerichtig durchdachte Attacke ausgeführt. Die Ansicht des Untergerichts wird als unrichtig bezeichnet: „sie verstößt gegen einen Rechtsgrundsatz, der in der Wissenschaft und in der Praxis anerkannt ist: gegen den Grundsatz über die Konkurrenz von Verbrechen und deren Bestrafung" (es folgt eine Darstellung der herrschenden Lehre von der I. K.). Es wird auch getrachtet, der geschichtlichen Interpretation und der Literatur Rechnung zu tragen: „in diesem Sinne ist sowohl § 28 des Strafgesetzes vom Jahre 1803 nach dem Zeugnis Jenulls, als auch des § 34 des Strafgesetzes vom Jahre 1852 nach dem Zeugnis Hyes aufgefaßt worden und aufzufassen." Diese Ausführungen v. Liszts haben bei dem Kassationshofe Anklang gefunden, es wird auch zum erstenmal ein theoretisches Prinzip aufgestellt: „liegen in einer Handlung mehrere strafrechtlich verpönte Rechts-

verletzungen, welche nicht sämtlich zum Begriffe eines bestimmten Verbrechens gefordert werden und ist für die Zufügung einer solchen weiteren Rechtsverletzung nicht ein höherer Strafsatz vom Gesetze ausgesprochen, so muß ein Zusammentreffen von Verbrechen allemal dann angenommen werden, wenn außer den Merkmalen, die ein bestimmtes Verbrechen begründen, noch die Merkmale eines anderen Verbrechens vorhanden sind, ohne daß dieselben schon in der ersten begriffen sind."

Das Auftreten v. Liszts hat für die Frage der Idealkonkurrenz eine Bedeutung gehabt, welche derjenigen der Ausführungen Glasers bezüglich der Frage des dolus indirectus (vgl. Löffler, Schuldformen, S. 195 ff.) vollkommen analog ist. Es entsteht ein noli me tangere: die Frage gilt als ein für allemal entschieden; eine so autoritative und dezidierende Stimme vernehmen wir jedoch in den Entscheidungen des K. H. nicht mehr, es wird bloß getrachtet, auf gütigem Wege den Gegner zu überzeugen: „es liegt kein Grund vor, weshalb nach dem allgemeinen Strafgesetze die Anwendung zweier oder mehrerer Strafsanktionen ausgeschlossen werden sollte, wenn die betreffende Handlung die Merkmale zweier oder mehrerer strafbaren Handlungen aufweist (E. Nr. 1713), es muß der Richter untersuchen, ob nicht trotz der Einheit der Handlung eine Mehrheit von Rechtsverletzungen durch die einzelnen Teilakte stattgefunden hat (E. Nr. 1832)."

Es tauchen auch inmitten des Kassationshofes gewisse Zweifel auf, man findet sich veranlaßt, mittelbar anzuerkennen, daß doch die I. K. im Gesetze nicht ausdrücklich erwähnt ist, „anderseits würde dieselbe (Anschauung) auch zur Negierung realer Konkurrenz führen, trotzdem § 34 Str. G. diese ausdrücklich anerkennt" (E. Nr. 1832, Bd. XV, S. 83).

Wenn wir die Begründung der oberstgerichtlichen Entscheidungen überprüfen, so ergibt sich, daß der K. H. die Motive zu denselben nicht aus eigener Exegese des Gesetzes schöpft, sondern sich entweder auf die Natur der Sache oder auf die Praxis oder endlich auf die Wissenschaft beruft.

Daß die „Natur der Sache" schon zu vielem Unfug in der Interpretation geführt hat, ist allgemein bekannt: die „Natur der Sache" ist ja die leibliche Schwester des Naturrechts, beide entspringen der gemeinsamen Mutter: der Willkür in der Aufstellung

rechtlicher Konstruktionen. Der „Natur der Sache" oder dem Naturrecht entspricht das, was wir als natürlich betrachten wollen, unsere subjektiven Ansichten darüber verdanken wir wiederum meistenteils unserer Erziehung. Wird jemand in der Überzeugung auferzogen, daß die Sklaverei natürlich ist, so wird man darauf schwören (wie z. B. Aristoteles), daß das jus naturae dieselbe anerkennt. Die „Natur der Sache" ist also im gegebenen Falle auf den Einfluß der zeitgenössischen Doktrin zurückzuführen!

Auf die Praxis dürfte der K. H. sich nicht berufen: ein Obergericht, daß die Sprüche der Untergerichte als nicht gerechtfertigt erachtet, das seit Jahren mit denselben einen hartnäckigen Kampf führt, und manchmal sogar dieselben (in einem gegebenen Falle) gerechtfertigt findet, hat kein Recht, von der allgemeinen Anerkennung des betreffenden Grundsatzes seitens der Praxis zu sprechen! Es bleibt also bloß die „Wissenschaft", auf dieselbe reduziert sich auch die „Natur der Sache", die Wissenschaft wird auch ausdrücklich durch den K. H. angerufen. Diese „Wissenschaft" müssen wir also näher ins Auge fassen.[1])

VI. Einfluß der „Wissenschaft".

§ 12. Es unterliegt gar keinem Zweifel (ich glaube es bewiesen zu haben), daß die dem österreichischen Strafrecht fremde Konstruktion der Idealkonkurrenz in das geltende Gesetz hinein interpretiert wurde. Welchen wissenschaftlichen Autoritäten dies zu verdanken ist, bekannte aufrichtig der Generalprokurator Ritter v. Liszt in seiner Ausführung vom 18. März 1875: Jenull und Hye sind diejenigen, welchen auf ihr Wort Glauben geschenkt worden ist.

Jenulls Auftritt hat zweifelsohne zu der diesbezüglichen Auffassung des Gesetzes die erste Anregung gegeben; nun fragt es sich, was Jenull veranlaßt haben konnte, seine Meinung in dieser Richtung auszusprechen? War dies wirklich seine originelle

---

[1]) Es ist hier noch festzustellen, daß die Opposition der Untergerichte wider die Idealkonkurrenz in letzten Jahrzehnten des XIX. Jahrhunderts verstummt ist (vgl. E. Nr. 1000, 1713, 2053, 2057, 2201, 2301, 2423, 2437, 2450, 2741), dagegen erscheint das Landesgericht Graz mit dem Urteil vom 29. Januar 1895, Z. 37, wiederum im feindlichen Lager: „weil dieselbe Tat der Angeklagten nicht zweimal zugerechnet werden kann." (E. Nr. 1832.)

Ansicht, welche sich auf die Geschichte des Gesetzes oder sogar auf die grammatische und logische Interpretation desselben gestützt hat? Gar nicht, es ist die dieser Epoche eigentümliche Sitte des Abschreibens und oft gedankenloser Kompilation, welche den folgenschweren Irrtum hervorgebracht hat.

Die Entstehungsgeschichte der Jenullschen These ist folgende:

Ende des XVIII. Jahrhunderts ist in der deutschen Rechtswissenschaft die Konstruktion der I. K. allgemein verbreitet, wenn auch nicht immer unter derselben Benennung und nicht immer scharf präzisiert.

Koch (Anfangsgründe des peinlichen Rechts, 1790, S. 105 ff.) äußert sich: „Wenn jemand mehrere Verbrechen begangen hat, so fließen sie entweder aus einer und derselben Handlung, oder aus mehreren Handlungen. Im ersteren Falle ist ein zugleich existierender (simultaneus), im letzteren ein nach und nach entstandener (successivus) Zusammenfluß vorhanden (vgl. auch die Unterart: objektiver Znsammenfluß).

Kleinschrod (Syst. Entwicklung der Grundbegriffe, 1794 ff. III, S. 175 ff.) hat wiederum eine andere Ausdrucksweise: „Erstens ist es möglich, daß jemand eine Handlung beging, welche mehrere Verbrechen in sich begreift ... wenn der erste Fall eintritt, wenn zwar nur eine Tat begangen ward, die aber verschiedene Seiten hat. Sollte auch eine Missetat mehrere Verbrechen unter sich begreifen, so ist im Grunde doch nur eine einzige Missetat da ..." Feuerbach (Lehrb. des gem. in Deutschland giltigen peinl. Rechts, 3. Aufl. 1805, S. 108 ff.): „Es sind nur drey Hauptarten der Concurrenz nach Verschiedenheit der übertretenen Strafgesetze möglich. Sind erstens durch eine und dieselbe Handlung ... verschiedene Strafgesetze übertreten worden, so ist diese: ideale Concurrenz" (vgl. S. 111, „wenn mehrere Verbrechen idealiter concurrieren, so bleibt es bey der Regel" ...).

Trotz aller Verschiedenheit in der Stilisierung und Auffassung bleibt der Grundgedanke identisch: zwischen dem eintätigen und mehrtätigen Zusammentreffen von Verletzungen des Gesetzes besteht ein grundsätzlicher Unterschied, demgemäß muß auch die Behandlung beider Arten verschiedenartig ausfallen. Man ist zwar nicht einig, welchen Einfluß überhaupt das Zusammentreffen auf die Ausmessung der Strafe ausüben soll (es entstehen verschiedene Kom-

binationen der Grundsätze: der Kumulation, der Exasperation und der Absorption), dies eine ist sicher, daß die Strafe bei einem eintätigen Zusammenfluß anders ausfallen soll, als bei einem mehrtätigen (ein Axiom, das, wie wir gesehen haben, vgl. § 10, seine Giltigkeit auch in der Gesetzgebung der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts folgerichtig bewahrt hat). Koch verlangt bei dem zugleich existierenden Zusammenflusse, daß die Strafe nach dem schwereren Verbrechen bestimmt werde, bei dem objektiven wiederum, daß die Hauptstrafe auf verschiedene Arten verschärft werde (bei Geldstrafen-Kumulation). Nach Kleinschrod muß im ersten Falle die höchste Strafe geschärft werden, im zweiten soll man auf so viele Strafen erkennen, als Verbrechen da sind. Ähnlich nach Feuerbach wird im ersten Falle auf das Übel der schwersten Übertretung mit einem schärfenden Zusatz verbunden, erkannt, im zweiten finden die Strafen aller übertretenen Strafgesetze statt.

Was tut nun der gute Jenull? Er schreibt ein System des österreichischen Strafrechts (Das österr. Kriminalrecht, 1808), in welchem er die Ergebnisse der zeitgenössischen Wissenschaft mit den Bestimmungen des Strafgesetzes von 1803 in Einklang bringen will. Er nimmt keinen Anstoß daran, daß das Gesetz keinen Dualismus der Strafe kennt, daß es nur eine einzige Strafe bei der Konkurrenz erwähnt; anstatt diesen letzteren Umstand als eine einzige Eigentümlichkeit des österreichischen Rechts hervorzuheben und daraus Konsequenzen zu ziehen, wiederholt er kaltblütig die bekannte Formel Feuerbachs, I. These, S. 217 ff. (fast wörtlich): „Es kann sich diese Konkurrenz der Übertretungen auf dreierlei Art ereignen: 1. wenn durch die nämliche Handlung verschiedene Strafgesetze übertreten werden . . ." knüpft daran folgenden Satz: „Treffen nun mehrere Verbrechen auf eine dieser Arten zusammen, so ist die Strafe nach folgender Anordnung des Gesetzes zu bestimmen: hat ein Verbrecher . . ." (folgt der bekannte Text des § 28).

In dieser naiven Verquickung der „wissenschaftlichen" These mit dem damit nicht stimmenden Texte des Gesetzes liegt die Quelle des verhängnisvollen, bis ins XX. Jahrhundert hinein schleichenden Irrtums. Die späteren Kommentatoren nehmen Jenulls einfältige Kompilation als das Ergebnis und das letzte Wort der wissenschaftlichen Forschung an, so vor allem Egger (Kurze Er-

klärung des österr. Gesetzbuches, 1816, I, S. 58 f. zu § 28, N. 3, zum Worte „begangen"); gleichviel, ob durch die nämliche oder verschiedene Handlungen, es wird selbst das Beispiel (durch die Widersetzung die obrigkeitliche Person totgeschlagen) dem Jenullschen Buche entlehnt.

Die Interpretationskunst Jenulls hat aber auch bei den Zeitgenossen Widerstand hervorgerufen; so äußert sich Bauer (Abhandl. aus dem Strafrechte, 1842, III, S. 88): „Über den einthätlichen Zusammenfluß .... enthält das Gesetz (§§ 28, 37) keine Vorschrift"; ähnlich Visini (Beyträge zur Criminalrechtswissenschaft, III, 1841, S. 51): „Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen wäre daher in Concurrenzfällen eine von dem österreichischen Gerichte ausgesprochene strenge Ausmessung der Strafe nebst Verschärfung derselben nur dann als gerechtfertigt zu betrachten, wenn dem abzuurteilenden Verbrechen von verschiedener Gattung oder die Wiederholung oder der Rückfall zur Last fallen sollten. Wenn nun dagegen einer dieser drey Fälle bey einem Verbrecher nicht vorhanden sein sollte, so wäre das gegen denselben auf die Grundlage einer vermeintlichen Concurrenz strenge ausgemessene oder nur verschärfte Urtheil im Gesetze nicht gegründet."

Diesem Widerstande in der Wissenschaft ist wahrscheinlich auch die oben erwähnte Stellung der Praxis bis zum Jahre 1855 (vgl. § 11) zu verdanken. Auf die Jahre 1853 bis 1855 fällt das Erscheinen (in Lieferungen) des Hyeschen Kommentars zum Strafgesetz von 1852 (im Jahre 1855 erschien das Ganze als erster Band). Ein Werk des k. k. wirklichen Ministerialrates im Justizministerium, ord. öffentl. Professors des Strafrechts und Strafprozesses an der Wiener Universität, eines „Zeugen und Mitwirkers bei unserem revidierten Strafgesetze" (wie es in der Vorrede heißt) konnte nicht ohne Einfluß (wenigstens in der Praxis) bleiben. Es wurde zweifelsohne als eine Art authentischer Interpretation des Gesetzes aufgefaßt. Es heißt dort (S. 454): „Allein auch die andere Eintheilungsart der Concurrenz in einthätliche und mehrthätliche ist sowohl in den §§ 34 und 35, als auch in den litteris *a* und *b* des § 44 (gleichwie in den §§ 263 litteris *a*, *b* und *l* und 267) eingeschlossen, da eben der Gesetzgeber nicht weiter zwischen den verschiedenen Arten von Concurrenz unterschieden hat ... (es

können) nach der Natur der Sache eben sowohl die gleichartige Concurrenz als auch die ungleichartige, entweder durch mehrere nacheinander folgende oder auch nur durch eine einzige Thathandlung vollführt werden."

Wo andere Begründung fehlt, dort stellt sich sicher „die Natur der Sache" zur richtigen Zeit ein!

Hyes Ausspruch lautet wie ein Machtspruch: Roma locuta... Wenn man einmal „Zeuge und Mitwirker" bei dem Gesetze gewesen, so braucht man sich nicht in weitläufige Begründung seiner Ansicht einzulassen!

Denselben Standpunkt teilen noch: Herbst (6. Aufl., S. 120 ff.), Janka (2. Aufl., S. 163 ff.), Frühwald (Praktisches Handbuch, 1874, S. 32 f.).

Aber auch die Opposition dauert bis in die letzten Zeiten fort. Hiller (G. S. XXXII, S. 235 f.) äußert sich unzweideutig: „Trotzdem bemühte sich die österreichische Doctrin von jeher auch die Unterscheidung von einthätlicher und mehrthätlicher Concurrenz in das österreichische Gesetzbuch hineinzutragen, obwohl hiezu wegen des einheitlichen gemeinsamen Bestrafungsprincips kein Grund gegeben war." Heinemann (Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893, S. 112 ff.) sagt auch ganz bestimmt: „Keinerlei Vorschriften über die sogenannte ideale Konkurrenz finden sich auch in der österreichischen Strafgesetzgebung."

§ 13. Wir haben oben (§ 11) festgestellt, daß der K. H. sich auf die Wissenschaft beruft, welche den Grundsatz der Idealkonkurrenz anerkannt haben soll.

Nun fragt es sich, ob diese Grundlage der oberstgerichtlichen Rechtsprechung ganz sicher dasteht? Es kommt nunmehr nicht auf die Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen an, sondern auf die Frage, ob die Konstruktion der Idealkonkurrenz sich allgemeiner Anerkennung erfreut, ob man von derselben sprechen darf, sie bilde sozusagen ein Axiom der Wissenschaft?

Vielleicht war es im Jahre 1875 richtig, sich in dieser Beziehung auf die communis opinio doctorum zu berufen; ob dieser Satz noch im Anfange des XX. Jahrhunderts seine Richtigkeit behalten hat, das möchte ich bezweifeln.

Im Gegenteil setzt sich die moderne Strafrechtswissenschaft mit jedem Jahre mehr auf den Standpunkt, es gebe keine ideale

Konkurrenz, es gebe lediglich eine Gesetzeskonkurrenz im weiteren und engeren Sinne. Um sich davon zu überzeugen, reicht aus, die diesbezüglichen Anschauungen der Zeitgenossen ins Auge zu fassen.

Die heutzutage geltenden Theorien lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

In diejenigen, welche noch auf dem Standpunkte der I. K. stehen und die modernen, welche diese Konstruktion, als eine veraltete außer acht lassen.

Die erste Gruppe ist vor allem nicht einheitlich; es lassen sich innerhalb derselben drei feindliche Lager unterscheiden: eine Handlungstheorie, eine Kausalitätentheorie und eine Rechtsverletzungstheorie.

Die Handlungstheorie (Binding u. a.) steht und fällt mit ihrem künstlichen und unhaltbaren Begriffe der Handlung (vgl. oben S. 82, Note 2).

Nach der Kausalitätentheorie besteht die I. K. darin, daß sich die nämliche, untrennbare Kausalität unter mehrere Paragraphe des Strafgesetzbuches subsumieren läßt (Buri, Einheit, 4) und die den einzelnen Verbrechen entsprechenden Erfolge schließlich aus einem und demselben Akte hervorgehen (Janka, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 164). Nach dieser Theorie stellt sich das Bild des gegenseitigen Verhältnisses der Ursache, der Handlung und des Erfolges folgendermaßen dar:

Ursachen:	Handlung:	Erfolge:
1. Absicht, die die Blutschande verbietende Norm zu übertreten	Beischlaf	Blutschande
2. Absicht, die die Notzucht verbietende Norm zu übertreten		Notzucht

Die Rechtsverletzungstheorie weist die meisten Anhänger auf (Berner, Merkel, Hugo Meyer, Finger u. a. Interessant ist es, daß hierher auch Jenull und Hye, die durch den K. H. angeführten Autoritäten gehören). Nach dieser Theorie besteht die I. K. darin, daß eine Tat die Merkmale mehrerer durch das Strafgesetz selbständig verpönten Delikte an sich trägt.

Die Gruppe der Modernen besteht aus: Hiller, Professor v. Liszt (Sohn des oben erwähnten Generalprokurators), Kärcher,

Ortloff, Heinemann, Wachenfeld u. a. Ihr Losungswort bezüglich der in Rede stehenden Frage lautet: „Nicht Verbrechenskonkurrenz, sondern Gesetzeskonkurrenz liegt vor (v. Liszt, 7. Aufl., S. 224), es liegt hier nur eine Auflehnung gegen die Rechtsordnung vor (Wachenfeld, Theorie d. Verbrech., K. 61)."

Wenn wir über die Richtigkeit der oberwähnten Theorien entscheiden sollen, so ist u. E. ausschließlich der folgende Gesichtspunkt zulässig: die ideale Konkurrenz, als eine wissenschaftliche Konstruktion könnte nur dann auf selbständige Existenz Anspruch erheben, wenn sie sich ganz scharf von der Gesetzeskonkurrenz abscheiden könnte; geschieht dies nicht oder sind die Grundlagen einer solchen Unterscheidung falsch und nicht annehmbar, dann darf von der I. K. nicht gesprochen werden.

Wenn wir die oberwähnten Theorien prüfen, so zeigt es sich, daß nur die Handlungstheorie und die Kausalitätentheorie wirklich bemüht sind, eine breite Unterlage für eine solche prinzipielle Differenzierung auszusuchen. Leider sind die dazu gewählten Mittel untauglich, der Konstruktion langes Leben zu sichern; daß der Begriff der Handlung im Sinne Bindings ganz verfehlt ist, haben wir oben nachzuweisen gesucht, daß die Kausalitätentheorie den Begriff der Ursache und des Erfolges vollständig künstlich bildet, liegt auf der Hand: als „Ursache" wird die Absicht, ein Verbot zu übertreten, aufgefaßt, als „Erfolg" gilt die Normwidrigkeit.

Die letzte Theorie aus der ersten Gruppe, die Rechtsverletzungstheorie, hat kein Recht, sich für die Theorie der I. K. auszuspielen. Was ist ihr wesentlicher Inhalt? „Mit einer Handlung verletzt man zwei Gesetze", ist das nicht eine Theorie der Gesetzeskonkurrenz?

O, nein! antwortet man, es liegt ja ein wesentlicher Unterschied zwischen der Gesetzeskonkurrenz und der Idealkonkurrenz, nämlich: bei der I. K. werden die Subsumtionszweifel nicht beseitigt, es erübrigt immer ein Überschuß des strafbaren Erfolges, welchen die Merkmale eines Verbrechens zu decken nicht imstande sind.

Diese Antwort legt nur ein beredtes Zeugnis für das Bedürfnis, die Konstruktion der Gesetzeskonkurrenz zu erweitern, keineswegs aber dafür, daß im gegebenen Falle mehrere selbständige Verbrechen vorliegen.

Somit ist festzustellen, daß: 1. die moderne Strafrechtswissenschaft den Begriff der I. K. ganz deutlich aus dem Bereiche der rechtlichen Konstruktionen hinausweist; 2. diejenige Theorie, welche nicht in die Irrtümer der Künstelei hineinfallen will, keinen prinzipiellen Unterschied zwischen der I. K. und der Gesetzeskonkurrenz auszufinden vermag.

Es ergibt sich daraus, daß es keineswegs gestattet ist, von der Idealkonkurrenz als von einer durch die „Wissenschaft" allgemein anerkannten Konstruktion zu sprechen, anderseits, daß wenn diese Konstruktion noch nicht gänzlich über den Haufen geworfen worden ist, sich ihre Gegner mehren; wissenschaftlich läßt sie sich jedenfalls nicht aufrechterhalten!

VII. Schluß.

§ 14. Wir haben nachzuweisen versucht, daß:

1. Die grammatische Interpretation der §§ 34, 35, 267 des österr. Str. G. zur Annahme der I. K. nicht berechtigt, wenn nicht geradezu dieselbe verbietet. Wie eine gesetzliche Vorschrift lauten soll, wenn die Konstruktion der I. K. durch das Gesetz aufgenommen wird, hat uns die Rechtsvergleichung entsprechende Beispiele geliefert;

2. die historische Interpretation nicht die geringste Spur liefert, daß diese Konstruktion der österreichischen Gesetzgebung bekannt ist;

3. als die einzige Stütze für die Annahme der I. K. die „Wissenschaft" bleibt; ihr zuliebe wurde die I. K. in die harmlosen Vorschriften des Strafgesetzes hineininterpretiert (vgl. „die Natur der Sache").

Nun zeigt sich, daß diese Konstruktion kein Recht hat, auf eine allgemeine Anerkennung seitens der Wissenschaft den Anspruch zu erheben, im Gegenteil verneint die moderne Richtung ihre Daseinsberechtigung; die älteren Theorien wiederum enthalten entweder eine nicht annehmbare Begründung dieser Konstruktion, oder eine Begründung, welcher eher das Gegenteil zu entnehmen ist. Wir kommen also zum logischen Schlusse: wenn eine Ansicht in ein Gesetz rechtswidrig hineininterpretiert worden ist, wenn der einzige Grund dazu, um die rechtswidrige Interpretation aufrecht

zu erhalten, d. i. die Stellung der „Wissenschaft" entfällt, so muß nunmehr diese Ansicht hinausinterpretiert werden!

Der diesbezügliche Standpunkt des Kassationshofes muß einer prinzipiellen Revision unterzogen werden. Die hochtönenden Phrasen: „Rechtsgrundsatz, der in der Wissenschaft und in der Praxis anerkannt ist" oder „bekanntlich teilt man die Konkurrenz von Verbrechen auch in die ideale und die reale", klingen befremdend für das moderne Ohr.

Auch die unerquickliche Verwirrung in der Rechtsanwendung (§§ 207, 260, 265, 318 der Str. P. O.) wird sich dadurch sofort beseitigen lassen.

2. Die Anstiftung zu dem Verbrechen nach § 143 des österreichischen Strafgesetzes.

Die Entscheidung des Obersten Gerichts- als Kassationshofes vom 11. Februar 1897, Z. 15.061, Sammlg. d. Ger.-Ztg. Nr. 2047 (vgl. S. 175 ff.) gehört zu denjenigen, welche zwar den Schein der Gerechtigkeit und der Menschlichkeit haben, weil sie augenscheinlich dem jus aequum Rechnung tragen, aber dessenungeachtet weder im Gesetze, noch in der Theorie ihre Begründung finden. Es ist wohl bekannt, von welcher weittragenden Bedeutung für die Praxis die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes sind, es ist allgemein bekannt, daß dieselben im Laufe der Zeiten die Rolle des Gesetzes oder wenigstens seiner authentischen Interpretation zu spielen anfangen, und es ist nicht zu wundern: in der Regel zeichnet sich die Judikatur des Kassationshofes durch große juridische Exaktheit, vollkommene und vielseitige Beherrschung der Literatur, durch Rücksichtnahme auf die Fortschritte der Theorie aus. Diese wohlverdiente Autorität der oberstgerichtlichen Entscheidungen macht es einem jeden Juristen, der den Prozeß der Bildung von Rechtssätzen und Rechtsprinzipien verfolgt, zur Pflicht, besonders auf diesen Teil der Rechtssprechung des obersten Gerichtes sein Augenmerk zu richten, der seiner Ansicht nach nicht ganz stichhältigen Grundsätzen huldigt oder überhaupt nicht ganz vorwurfsfrei bleiben kann; es ist auch für ihn keine angenehme Pflicht, mit seinen Bedenken vor die Öffentlichkeit zu treten, noch ehe eine Präzedenz für die Zukunft entsteht, noch ehe ein Vorurteil sich bildet, ein mächtiges unerschütterliches Vorurteil im Sinne der bekannten: wie z. B. daß die Todesstrafe nicht verschärft werden darf, daß man nach Verbüßung einer Freiheitsstrafe wegen irgend einer strafbaren Handlung nicht mehr zu der Todes-

strafe wegen eines zusammentreffenden Kapitaldeliktes verurteilt werden darf,[1]) daß dem österreichischen Strafgesetze (§§ 34, 35, 267) die ideale Verbrechenskonkurrenz bekannt ist,[2]) daß der § 1 des Strafgesetzes, indem er den dolus indirectus konstruiert, die Voraussehbarkeit des schwereren Erfolges zu keiner wesentlichen Bedingung desselben macht[3]) usw.

Der konkrete Fall, welcher der oberwähnten und von uns zu besprechenden Entscheidung als Grundlage gedient hat, ist folgender:

Über Aufforderung des Michael K. mißhandelten Georg H., Andreas W. und Josef W. am 8. Dezember 1896 den Michael M. Eine der von Michael M. bei dieser Mißhandlung erlittenen Körperverletzungen zog dessen Tod nach sich. Es konnte nicht ermittelt werden, wer von den Angreifern sie zugefügt habe. Deswegen sprach das Kreis- als Schwurgericht Eger mit Urteil vom 13. November 1896, Z. 9325, die Angreifer der schweren körperlichen Beschädigung nach § 143 Str. G. schuldig, wogegen er den Michael K. wegen Mitschuld am Totschlage nach § 5 und § 140 Str. G. straffällig erkannte.

In Bekämpfung der eingebrachten Nichtigkeitsbeschwerde bemerkte der Vertreter der Generalprokuratur u. a.: „Belangend die behauptete Unmöglichkeit intellektueller Urheberschaft bei dem Verbrechen des Totschlages und die diesfalls in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellte Ansicht, die vorsätzliche Veranlassung der Tötung eines Menschen würde gemäß §§ 134 und 135, Z. 3 Str. G., sofort zum bestellten Morde, hier aber liege nur die Aufforderung zu einer Mißhandlung im Sinne der §§ 5 und 496 Str. G. vor, so genügt es, darauf hinzuweisen, daß der Anstifter nicht das mit dem Verbrechen verbundene Übel (den Verbrechenserfolg), sondern bloß die Übeltat als solche, also die Verwirklichung der gesetzlichen Deliktsmerkmale, wollen muß."

---

[1]) Vgl. Prof. Lammasch, Über das Verbot der Verschärfung der Todesstrafe, in der Allg. österr. Ger.-Ztg. Nr. 7 ex 1897. Gernerth, Auch ein Wort über die Anwendbarkeit der Todesstrafe bei nachträglich hervorgekommenen Kapitalverbrechen, ib. Nr. 16. Melzer, Zur Auslegung der §§ 34, 35, 50 Str. G., §§ 264, 265 Str. Proz. O. ib. Nr. 38.

[2]) Vgl. oben S. 79 ff., Ideale Verbrechenskonkurrenz im österr. Strafgesetze?

[3]) Vgl. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechtes, I, S. 190 ff.

„Insofern nun zum Verbrechen des Totschlages der sogenannte dolus indirectus (die feindselige Absicht) ausreicht, ja der Tötungserfolg gar nicht beabsichtigt sein darf, dieses Delikt also durch eine Mischung von dolus und culpa gekennzeichnet erscheint, wird jede dolose Tätigkeit die Erfordernisse vorsätzlicher Veranlassung im Sinne des § 5 Str. G. erfüllen, welche in dem unmittelbaren Täter den Entschluß erzeugt, die den Tod eines Dritten herbeiführende Tat in feindseliger Absicht zu setzen. Wäre die Tötung selbst vom Anstifter gewollt, so schlüge die ihm zur Last fallende Tat allerdings in das Delikt des Mordes um; fehlt aber die Tötungsabsicht, so ist nicht abzusehen, warum die allgemeinen Bestimmungen des § 5 Str. G. auf das Verbrechen des Totschlages nicht anwendbar sein sollten. Sobald der dolus des Anstifters mit jenem des unmittelbaren Täters identisch ist — und er besteht bei beiden in der feindseligen (auf körperliche Mißhandlung gerichteten) Absicht, — so haben beide auch dasselbe Delikt und den zu dessen Tatbestande erforderlichen tatsächlich eingetretenen Erfolg zu verantworten. Es entspräche keineswegs dem § 5 Str. G. (welcher im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit dem Mitschuldigen dasselbe Delikt zugerechnet wissen will wie dem Haupttäter), diese Verantwortlichkeit nur dem unmittelbaren Täter, nicht aber dem nach § 44*d* und *e* Str. G. sogar strenger zu behandelnden Anstifter aufzuerlegen."

„Wohl ist es ferner nach den Grundsätzen des § 5 Str. G. Regel, daß der Mitschuldige (intellektuelle Urheber, Gehilfe oder Teilnehmer) sich eben desselben Verbrechens schuldig macht, welches der Haupttäter begeht, obschon der zweite Absatz des § 5 Str. G. persönliche Verhältnisse des einen Täters oder Mitschuldigen für die übrigen als Entschuldigungsgründe nicht gelten läßt und schon von diesem Gesichtspunkte aus eine verschiedene Behandlung einzelner Mitschuldiger zulässig erscheint."

„In concreto ist aber nicht außer acht zu lassen, daß Michael K. das schuldbare Tun aller drei Haupttäter hervorgerufen, darum auch den dolus aller drei Mitangeklagten und den gesamten aus ihrer Tätigkeit entsprungenen strafrechtlich relevanten Erfolg zu verantworten hat. Seinem Begriffe nach ist der Anstifter nichts anderes als

ein mittelbarer Täter; er begeht das Verbrechen vermittels eines anderen und muß so beurteilt werden, wie wenn er als unmittelbarer Täter jenes Verbrechen selbst begangen hätte, welches auf sein Anstiften in Ausführung seines Auftrages begangen worden ist."

„Nur im Falle eines excessus mandati kann er die Haftung für jenen Tatteil des Haupttäters ablehnen, welchen dieser dem deutlich ausgesprochenen Willen des Anstifters entgegen ausgeführt hat. Von einem beschränkten Auftrage ist jedoch vorliegend keine Rede. Michael K. forderte die Mitangeklagten zur körperlichen Mißhandlung des Michael M. auf, und innerhalb der Grenzen dieses ganz allgemein und unbeschränkt erteilten Mandates haben die Haupttäter gehandelt. Einer von ihnen oder doch alle drei zusammen haben einen Totschlag im Sinne des § 140 Str. G. begangen und darum hat er auch einen Totschlag zu verantworten. Daß der Totschläger nicht ermittelt werden konnte und deshalb aus subjektiven Gründen — wegen der Unmöglichkeit, ihn der Tat zu überweisen — milder behandelt werden muß, kann dem Anstifter der Gesamttat nicht zugute kommen. Daß er an drei Personen seine Aufforderung richtete, erhöht nur die objektive Gefährlichkeit der Anstiftung und die Voraussehbarkeit des tatsächlich eingetretenen schweren Erfolges, und unterliegt es keinem Zweifel, daß Nichtigkeitswerber dann Mitschuld am Totschlage zu verantworten hätte, wenn er nur eine einzige Person zu feindseligem Tun wider Michael M. aufgefordert hätte und aus diesem dessen Tod hervorgegangen wäre, so ist es um so klarer, daß seine anstiftende Tätigkeit nicht milder, sondern strenger zu beurteilen ist, weil er gegen Michael M. drei Angreifer zugleich aufgeboten hat."

Der Kassationshof ist augenscheinlich durch diese Ausführungen überzeugt worden, da er die Nichtigkeitsbeschwerde des Michael K. zu verwerfen fand und in den Gründen seiner Entscheidung fast wörtlich die Argumente der Generalprokuratur wiederholt werden:

„Der böse Vorsatz des Anstifters muß nicht auch den wirklich eingetretenen Erfolg des Verbrechens bezwecken wollen. Es genügt im allgemeinen, wenn nur der böse Vorsatz auf die Übeltat als solche gerichtet war. Da nun dem Verbrechen des Totschlages keineswegs die Absicht zu töten, sondern nur eine andere feind-

selige Absicht zugrunde liegen darf, wird sich in jeder vorsätzlichen Tätigkeit eine nach § 5 Str. G. zu beurteilende Mitschuld darstellen, welche den unmittelbaren Täter zu jener feindseligen Handlung verleitet, die den Tod eines anderen bewirkt. Mitschuldiger und Täter müssen dann beide den Erfolg des gemeinsam gewollten Übels verantworten."

„Schon aus dem zweiten Absatze des § 5 Str. G. ergibt sich im allgemeinen, daß Entschuldigungsgründe, welche den Täter entlasten mögen, auf den Mitschuldigen nicht ausgedehnt werden müssen."

„In dem vorliegenden Falle hat Michael K. alle drei Täter zu der Mißhandlung des Michael M. angestiftet und ihre gemeinsame Handlung gefördert, er muß daher auch den Gesamterfolg der strafbaren Handlung verantworten. Die Täter haben einen Totschlag begangen, welcher nach § 143 Str. G. nur deshalb allein, weil sich nicht bestimmen läßt, wer die tödliche Verletzung zugefügt habe, also nur wegen dieses, jedem Täter persönlich, keineswegs aber allen drei Tätern zusammen zustatten kommenden Umstandes, jedem einzelnen Täter nur als das Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung zugerechnet werden konnte."

„Dies ändert aber nichts an der sachlichen Beschaffenheit der Tat als einem in feindlicher Absicht verübten Totschlage, verursacht durch die von Michael K. vorsätzlich eingeleitete, veranlaßte und geförderte Mißhandlung des Michael M."

„Auf Michael K. kann die dem einzelnen Täter wegen unmöglicher Feststellung, ob die tödliche Verletzung gerade von ihm zugefügt worden ist, nur für dessen Person zukommende Erleichterung der strafgerichtlichen Sühne nicht ausgedehnt werden."

„Dieser Entlastungsgrund hat mit der Tätigkeit des Anstifters und anderweitiger Mitschuldiger nichts gemein. Wegen derselben Handlung hätte Michael K. die Tötung des Michael M. unzweifelhaft verantworten müssen, wenn letzterer nur von einem der Angestifteten die tödliche Verletzung erhalten hätte und wenn dies festgestellt worden wäre. Der Mangel dieser Feststellung kann die Beteiligung des Urhebers nicht minder strafwürdig erscheinen lassen."

In den Ausführungen der Generalprokuratur und des Kassationshofes finde ich die beiden folgenden leitenden Gedanken, die

als Ausgangspunkt und Prämissen für die Entscheidung dienen, die einfach eine logische Folgerung derselben ist:

1. Weil die Täter in feindseliger Absicht gehandelt haben und der Tod eines Menschen infolge ihrer Handlung stattgefunden hat, so haben wir objektiv mit einem Totschlage zu tun. Der Umstand, daß derjenige, der die tödliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu entdecken ist, zwingt uns, jedem einzelnen Täter nur das Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung zuzurechnen. Dieser Umstand kann dem Anstifter keineswegs als Milderungsgrund zugute kommen, da die Tatsache, daß man nicht imstande ist zu bestimmen, wer die tödliche Verletzung zugefügt habe, als ein solcher Entschuldigungsumstand anzusehen ist, der die höhere Strafbarkeit des Täters nur infolge persönlicher Verhältnisse desselben aufhebt und zufolge des § 5 Abs. II Str. G. auf die übrigen Mitschuldigen und Teilnehmer und somit auf den Anstifter nicht auszudehnen ist.

2. Der Anstifter hat durch seine Anstiftung die Handlung der Täter veranlaßt, die Täter durch ihre Handlung haben den Tod des Michael M. verursacht; causa causae est etiam causa causati, der Anstifter hat also den Tod des Michael M. sich zuschulden kommen lassen, und weil anderseits ebensogut der Anstiftung wie auch der Handlung der Täter die feindselige Absicht zugrunde lag, so muß der Anstifter die Mitschuld an der in einer feindseligen Absicht vorgenommenen Tötung — ergo die Mitschuld an einem Totschlage (§§ 5, 140 Str. G) verantworten. Eine auf der Lehre von Kausalnexus und von der Kausalität basierende Konstruktion.

ad 1. Ist es stichhältig, wenn man die Tatsache, daß derjenige, der die tödliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu bestimmen ist, als einen „Entschuldigungsumstand vermöge persönlicher Verhältnisse“ betrachtet?

Unter den „Entschuldigungsumständen vermöge persönlicher Verhältnisse” des § 5, II. Abs. Str. G., welche sonst zufolge der Analogie des § 177 Str. G. auch auf die Gründe der Strafminderung und der Strafmehrung (sogenannte Milderungs- und erschwerende Umstände, vgl. § 46 ff., § 43 ff. Str. G.) auszudehnen sind, sind einfach die sogenannten subjektiv persönlichen Verhältnisse

zu verstehen,[1] d. h. diejenigen, die den objektiven Charakter der Tat nicht ändern, und deren strafrechtliche Bedeutung bloß in der Individualität der betreffenden Person besteht: es gehören hier die Mutterschaft bei dem Kindesmorde (§ 139 Str. G.), der Rückfall (§ 176, II *a* Str. G.), Gewohnheitsmäßigkeit (§ 176, I Str. G.), Minderjährigkeit usw.[2])

Diese Verhältnisse charakterisieren die betreffende Person entweder in bezug auf ihre Familienverhältnisse oder auf ihr Alter oder das bisherige tadelhafte oder untadelhafte Verhalten, sie begründen also schlechthin einen Teil ihrer Generalien.

A veranlaßt B eine Wurst im Werte von 50 *h* aus einem offenen Laden zu stehlen. B ist ein Gewohnheitsdieb, es macht sich also A der Teilnahme an der Übertretung des Diebstahls (§§ 5, 460 Str. G.) schuldig und B des Verbrechens des Diebstahls (§§ 171, 176, I Str. G.), weil der Umstand, daß B ein Gewohnheitsdieb ist, ein charakteristisches Merkmal der Persönlichkeit des B ad personam, nicht aber der Tat bildet.

Fassen wir jetzt unseren konkreten Fall ins Auge:

Georg H., Andreas W. und Josef W. greifen den Michael M. an und mißhandeln ihn — während der Schlägerei versetzt einer von den Angreifern ihm einen tödlichen Hieb, es ist nicht zu bestimmen, wer unter den drei Mitschuldigen ihm diesen beigebracht hat; möglich, daß sie selbst keine Ahnung davon haben, da sie in der Hitze des Gefechtes das Bewußtsein der einzelnen Bewegungen verloren und, wie es oft bei solchen Anlässen vorkommt, aufs Geratewohl geschlagen haben.

Die Voruntersuchung ist nicht imstande zu eruieren, wer die tödliche Verletzung zugefügt hat. Weil ein derartiger Fall bezüglich der Schlägerei keine seltene Erscheinung ist, hat schon das Strafgesetz vom Jahre 1803 im § 126 einen dem Josefinischen Strafgesetzbuche und eigentlich auch dem Strafgesetze vom Jahre 1796 (vgl. § 123) unbekannten Grundsatz aufgenommen, daß, wenn der Tod eines Menschen in einer unter mehreren Leuten entstandenen Schlägerei stattfindet, und wenn es sich nicht bestimmen läßt, wer die tödliche Wunde versetzt habe, zwar keiner des Tod-

---

1) Finger, I, S. 209.

2) Herbst bei § 5, Janka, S. 156 ff.; Finger, ib.

schlages, aber alle, welche an den Getöteten Hand angelegt haben, der schweren Verwundung schuldig zu erkennen sind. Das Strafgesetz vom Jahre 1852 hat diese Vorschrift in den § 143 übernommen. Das Verbrechen nach § 143 Str. G. ist also eigentlich ein delictum sui generis — es ist kein Verbrechen des Totschlages, weil der Totschläger nicht zu bestimmen ist, es ist kein Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung, weil die Teilnehmer der Schlägerei dieselbe schon aus dem Grunde verantworten müssen, daß sie „Hand angelegt haben", ohne daß sie überwiesen worden sind, auf irgend welche Weise den Beschädigten verletzt zu haben.[1])

Dieses Verbrechen ist eigenartig und selbständig; es heißt ja: „Tötung bei einer Schlägerei oder bei einer gegen eine oder mehrere Personen unternommenen Mißhandlung" — Tötung also und nicht Totschlag.

Wenn also das Strafgesetz zwischen dem „gemeinen" und „räuberischen" Totschlage unterscheidet als zwischen zwei verschiedenen spezies desselben genus, so ist das Verbrechen nach § 143 Str. G. keine dritte species (es hieße dann „Totschlag" bei einer Schlägerei), sondern bildet ein delictum sui generis „Tötung" bei einer Schlägerei oder . . . etc.

Daß der § 143 Str. G. ein Verbrechen sui generis und nicht eine Art des Totschlages enthält, darauf weist das Verhältnis des Kindesmordes nach § 139 Str. G., zum Morde schlechthin nach § 134 Str. G. Auch in diesem Falle bespricht das Strafgesetz die Frage des Kindesmordes in einem selbständigen Paragraphen ähnlich wie bezüglich des Totschlages bei einer Schlägerei im § 143 Str. G. aber was für ein prinzipieller Unterschied!

a) Schon die Benennung „Kindesmord" allein deutet darauf hin, daß es sich im betreffenden Paragraphen um eine Art des

---

[1]) Vgl. Herbst bei § 143. In dieser nach dem Gesetze ganz unzweifelhaften Folgerung liegt nun allerdings anscheinend eine Anomalie. . . . Und dies dürfte wohl darin seine Rechtfertigung finden, daß bezüglich jedes bei einer Schlägerei oder Mißhandlung eingetretenen Erfolges jedem der Beteiligten mindestens ein grobes, durch seine absichtliche Tätigkeit herbeigeführtes Verschulden zur Last fällt. Vgl. Finger, II, S. 77, der Gesetzgeber wird genötigt, die Beteiligung am Raufhandel als solche zu einem Verbrechen zu erheben.

Mordes handelt und nicht um ein eigenartiges Verbrechen. (Vgl. § 135, Arten des Mordes: Meuchelmord, Raubmord, der bestellte Mord, der gemeine Mord; es gehören hierher auch, obgleich im § 135 nicht erwähnt: der Verwandtenmord und der Gattenmord nach §§ 137 und 138 Str. G.[1])

b) Die Marginalrubrik zu § 139 Str. G. lautet: Strafe des Kindesmordes und nicht Kindesmord und aus dieser Bezeichnung geht ausdrücklich hervor, daß § 139 Str. G. nicht ein eigenartiges Delikt, sondern eine durch die Mutterschaft der Täterin bedingte reduzierte Strafe enthält;[2]) ebenso wollen wir hervorheben, bespricht das Gesetz im § 141 die Strafe des räuberischen Totschlages, im § 142 die Strafe des gemeinen Totschlages, aber dafür im § 143 finden wir die Wendung: Tötung bei einer Schlägerei und nicht mehr Strafe des Totschlages bei einer Schlägerei.

Wenn wir also annehmen müssen, daß das Verbrechen der Tötung in einer Schlägerei nach § 143 Str. G. ein delictum sui generis bildet,[3]) so können wir keineswegs verstehen, wie es dazu kommt, daß der Umstand, daß derjenige, der die tödliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu bestimmen sei, die Rolle eines solchen subjektiv persönlichen Verhältnisses spielen darf, das ausschließlich zum Vorteile der Teilnehmer an der Schlägerei und nicht anderer Mitschuldiger, wie z. B. des Anstifters, zu dienen hat.

Der Versuch, eine Analogie des Verhältnisses des § 139 zu § 134 Str. G. zu bilden, ist zu sichtbar. Die Hebamme, welche bei der Geburt die Mutter zur Erwürgung des Kindes anstiftet, ist der Mitschuld an dem Verbrechen des Mordes schuldig (§§ 5, 134 Str. G.), obgleich die Mutter nur den Kindesmord (§ 139) begangen hat, weil die Mutterschaft ein solches subjektiv persönliches Verhältnis ist, das die Schuld der Mutter, aber keines-

---

[1]) Vgl. bei Finger (II, 10 ff.) qualifizierte Arten des Mordes und privilegierte Art des Mordes.

[2]) Deswegen ist der folgende Grundsatz des Kassationshofes als vollkommen begründet anzusehen: Die Mitschuld der Mutter an der bei der Geburt erfolgten Ermordung ihres unehelichen Kindes ist im Sinne des § 5 und § 134 nach § 139 Str. G. zu strafen. (Entsch. vom 19. März 1880, Z. 694, Sg. Nr. 242.)

[3]) Auf diesem Standpunkte stehen Janka (S. 221) und Finger (II, S. 76 ff.), welche den § 143 im Zusammenhang mit § 157 (ohne Rücksichtnahme auf den Totschlag) im Abschnitte „der Raufhandel" besprechen.

wegs die der Hebamme mildern kann. In unserem Falle der Tötung bei einer Schlägerei haben wir jedoch weder eine selbständige Strafe, noch spezielle Milderungsgründe, es ist nur ein eigenartiges Verbrechen, ganz so wie die Verleitung zum Mißbrauche der Amtsgewalt nicht die Mitschuld am Verbrechen nach § 101 Str. G., sondern ein delictum sui generis nach § 105 Str. G. bildet.

Ist die Tötung bei einer Schlägerei ein delictum sui generis, so bildet die Anstiftung zu derselben nichts anderes als die Teilnahme an diesem eigenartigen Verbrechen, — die Anstiftung zur Tötung in einer Schlägerei ist also kein Verbrechen der Mitschuld am Totschlage nach §§ 5, 140 Str. G., sondern das Verbrechen der Mitschuld an der Tötung bei einer Schlägerei nach §§ 5, 143 Str. G.[1])

Nehmen wir jedoch momentan an, das Verbrechen der Tötung in einer Schlägerei sei kein delictum sui generis, sondern bloß eine Art des Totschlages in gleicher Linie mit dem räuberischen Totschlage, kurz es sei ein Totschlag; kann selbst in diesem Falle jener Umstand, daß derjenige, der die tödliche Verletzung zugefügt hat, nicht entdeckt worden ist, als ein persönlich subjektives Verhältnis gelten? Ich glaube kaum. Gibt diese Tatsache ein charakteristisches Merkmal dem Täter als solchem, betrifft sie seine Individualität? Das ist ja kein Zustand, der vor der Vollbringung des Verbrechens oder während derselben stattgefunden hat; er findet statt erst nach der Vollbringung des Verbrechens, er charakterisiert nicht den Täter sondern höchstens die demselben nachforschenden Behörden.

Nehmen wir selbst an, daß es der Täter nur seinem eigenen Scharfsinn zu danken hat, daß man sein Verschulden nicht erfährt, so steht wiederum dieses charakteristische Merkmal des Täters in keinem Zusammenhang mit dem Verbrechen.

Es erscheint uns also die These unmöglich, daß der Umstand, es sei nicht zu bestimmen, wer von den Angreifern die tödliche

---

1) Anderer Meinung Herbst bei § 143. „Der § 143 spricht nur von Bestrafung derjenigen, welche als unmittelbare Täter erscheinen . . . . von den Mitschuldigen überhaupt und namentlich den bei Schlägereien und Mißhandlungen häufig vorkommenden Anstiftern wird hier nicht gehandelt" (weil das aus Rücksicht auf die allgemeine Vorschrift des § 5 Str. G. gar nicht nötig ist), „ihre Strafbarkeit muß daher (?!) nach den allgemeinen Grundsätzen über die Mitschuld am Totschlage (?) . . . beurteilt werden."

Wunde zugefügt habe, als ein subjektiv persönliches Verhältnis anzusehen ist, das die Schuld der Täter mildert und ohne jeden Einfluß auf die Beurteilung der Schuld der Mitschuldigen, insbesondere des Anstifters bleibt, daß infolgedessen die Täter das Verbrechen nach § 143 Str. G. und der Anstifter die Mitschuld am Totschlage nach § 5 und § 140 Str. G. verantworten sollen, weil:

α) das Verbrechen der Tötung in einer Schlägerei nach § 143 Str. G. ein delictum sui generis bildet und die Teilnahme an derselben Mitschuld an diesem Verbrechen (§§ 5, 143) und nicht Mitschuld an einem anderen Verbrechen (wie z. B. §§ 5, 140 Str. G.) bildet;

β) der Umstand, daß derjenige, der die tödliche Verletzung zugefügt habe, nicht zu bestimmen sei, prägt kein charakteristisches Merkmal der Individualität der Täter auf, sondern bezeichnet bloß einen Umstand, der schon nach der Vollbringung der strafbaren Handlung stattgefunden hat und in keinem Zusammenhange mit dem Verbrechen selbst steht.

ad 2. Der Anstifter dreier Personen, von welchen eine, es ist nicht bekannt welche, die tödliche Verletzung zugefügt hat, soll die Anstiftung zu dem Totschlage (§§ 5, 140 Str. G.) verantworten, obgleich diese drei Personen ein eigenartiges mit der schweren körperlichen Beschädigung (§ 143) korrespondierendes Verbrechen zu verantworten haben und nämlich deswegen, weil, hätte der Anstifter ihre Handlung nicht veranlaßt, der Tod des Angegriffenen nicht erfolgt wäre; es besteht also zwischen der Anstiftung und dem Tode des Beschädigten ein Kausalnexus.

Um den Wert dieser Beweisführung kennen zu lernen, müssen wir den anderen im § 143 Str. G. enthaltenen Fall ins Auge fassen, diesen Fall nämlich, wo der Tod durch alle Verletzungen oder Mißhandlungen zusammen veranlaßt worden ist, und nicht infolge eines einzigen tödlichen Schlages eintritt. A verleitet B, C, D zur feindseligen Handlung gegen E, und wirklich B, C, D greifen den E an und versetzen ihm mehrere Schläge. E stirbt infolge dieser Mißhandlung, die Ärzte sind nicht imstande, eine tödliche Verletzung festzustellen, sind aber der Ansicht, daß der eingetroffene Erfolg der Tötung ein Produkt der Wirksamkeit aller Täter, ein Resultat sämtlicher Verletzungen ist. Der oben angeführten Argumentation

des Kassationshofes zufolge müssen wir selbst in diesem Falle annehmen, daß A der Teilnahme am Totschlage (§§ 5, 140), B, C, D bloß der schweren körperlichen Beschädigung (§ 143) schuldig erkannt werden dürfen.[1]

Hätten B, C, D im geistigen Kontakt miteinander gehandelt und wäre der Tod eines Menschen die Folge ihrer Handlungen, so sollte eigentlich (in der Regel) den Grundsätzen der Lehre von der Teilnahme an Verbrechen zufolge, ein jeder von den Tätern die Teilnahme am Totschlage (§§ 5, 140 Str. G.) verantworten.

Der § 143 Str. G. bildet jedoch nach der Auslegung des Kassationshofes und des Herbstschen Kommentars eine Ausnahme, so daß trotz aller Merkmale des Totschlages, trotz Übereinkunft der Täter untereinander dieselben nur für die schwere körperliche Beschädigung nach § 143 Str. G. Strafe zu erleiden haben.

Wir haben vorläufig keinen Grund, dieser Auslegung uns zu widersetzen, wir beschränken uns darauf, die Frage aufzuwerfen, wie kommt es, daß der Anstifter, mit dem (selbstverständlich) die Täter B, C, D auch im geistigen Kontakte gestanden sind, und welcher diesen vom moralischen Standpunkte aus überlegen ist, da er an der strafbaren Handlung keinen physischen Anteil genommen hat, strenger als diese, selbst für ein anderes schwerer verpöntes Verbrechen bestraft werden soll?

Es ist wahr, daß der Anstifter als ein spiritus movens aufgetreten ist, wir wollen auch zugestehen, daß das Strafgesetz im § 44 *e* die Anstiftung unter den besonderen Erschwerungsumständen aufzählt, aber wir können trotzdem die Schlußfolgerung nicht begründen, warum der Anstifter ein anderes Verbrechen als die Täter verantworten soll, oder (wenn wir annehmen, daß das Verbrechen nach § 143 Str. G. nur eine Eigenart des Totschlages ist) warum derselbe nach einem weit strengeren Strafausmaße

[1]) Es zieht diese Schlußfolgerung Herbst bei § 143 Str. G.: „So ist derjenige, der mehrere zur Mißhandlung, bei welcher der Mißhandelte getötet wurde, angestiftet hat, gewiß ebenso des Totschlages mitschuldig, wie wenn er Eine Person zur Unternehmung der den Tod herbeiführenden Mißhandlung angestiftet hätte, und es kann in Beziehung auf ihn keinen Unterschied machen, wenn der Tod auch nur durch alle Verletzungen oder Mißhandlungen zusammen verursacht worden, oder wenn sich auch nicht bestimmen läßt, wer die tödliche Verletzung zugefügt habe.

(5 bis 10 Jahre schweren Kerkers anstatt 1 bis 5 Jahre schweren Kerkers) bestraft werden soll, wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich anordnet (dieser Differenzierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Anstifters im Verhältnisse zu der der Täter begegnen wir selbst bei dem Verbrechen des Hochverrates, § 59 *b*, nicht).

Hat B die Wunde x, C die Wunde y, D die Wunde z zugefügt, ist der Gesamterfolg dieser Wunden der Tod eines Menschen ($x + y + z = m$), haben B, C, D im geistigen Kontakte gehandelt, so verantworten sie alle gleichmäßig das Resultat m; hat A sie zu dieser Handlung verleitet, so ist er mitschuldig, m herbeigeführt zu haben, und da die Herbeiführung des m unter diesen Bedingungen sich als das Verbrechen nach § 143 Str. G. darstellt, so muß der Anstifter die Mitschuld am Verbrechen nach § 143 Str. G. verantworten, beziehungsweise nach § 143 Str. G. bestraft werden.

An jenes subjektiv persönliche Verhältnis, das die Schuld der Täter mildert und ohne Einfluß auf die Strafbarkeit des Anstifters bleibt, ist in dem jetzigen Falle gar nicht zu denken. Nehmen wir per inconcessum an, daß jener Umstand, derjenige der die tötliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu ermitteln sei, wirklich ein subjektiv-persönliches Verhältnis ist, so findet dieser Umstand im jetzigen Falle nicht statt. Die Tatsache, daß drei Menschen mit derselben feindseligen Absicht nach Übereinkunft gehandelt haben, kann, glaube ich, als ein solches Verhältnis und ein Milderungsgrund nicht gelten, da im entgegengesetzten Falle diese Regel bei anderen Delikten uns zu merkwürdigen Folgerungen führen müßte: es wäre dann viel vorsichtiger, anstatt allein zu stehlen, mit anderen übereinzukommen und zusammen einen Diebstahl zu begehen, anstatt allein 30 fl. zu nehmen (§ 173), mit zwei anderen je 10 fl. sich anzueignen — und es bildet doch die Gesellschaft eben bei dem Diebstahle die verbrecherische Qualifikation (§ 174, II *b*).

Da also von einem subjektiv persönlichen Verhältnisse keine Rede sein kann, kehren wir zu dem Kausalnexus zurück.

Besteht zwischen der Tätigkeit eines jeden der Täter und dem Tode des E ein Kausalnexus?

Die Antwort auf diese Frage hängt von der Beantwortung einer anderen Frage ab, nämlich, ob und wann der Kausalnexus,

der zwischen der Tätigkeit eines Menschen und dem Tode eines anderen besteht, durch das Eingreifen einer dritten Person unterbrochen werden kann?

Communis opinio ist damit einverstanden, daß der Kausalnexus durch die Tätigkeit einer dritten Person nur dann unterbrochen werden kann, wenn diese letztere ganz selbständig und von der Handlung des Täters isoliert bleibt; das betrifft jedoch die Mittäter nicht, im Gegenteil, das, was ein jeder von ihnen zu dem gemeinschaftlichen Zwecke beiträgt, bildet eine „Mitursache".[1]) Wenn also B, C, D Mittäter sind, weil sie im geistigen Kontakte, gleichwertig handeln, so wird der Kausalnexus, der zwischen dem Verhalten eines jeden und dem Tode des Angegriffenen besteht, durch die Tätigkeit der anderen nicht unterbrochen. Es ist also ersichtlich, daß der Kausalnexus ebensogut zwischen der Anstiftung des A und dem Tode des E einerseits, wie der Tätigkeit des B, C, D und dem Tode des E anderseits besteht. Die Tatsache, daß B nur eine leichte Verletzung x, C eine leichte Verletzung y und D eine leichte Beschädigung z sich zuschulden kommen ließ, ändert an der Sachlage angesichts des Übereinkommens der Mittäter nichts, so daß wir den Gesamterfolg m ebenso gut dem Anstifter A wie den Mittätern B, C, D zurechnen müssen.

Was könnte uns also veranlassen, die Schuld des A anders als die des B, C, D zu behandeln?!

Berücksichtigen wir jetzt denjenigen Fall, der zum Angelpunkt unserer Ausführungen geworden ist.

Schon aus dem Wortlaute der oberstgerichtlichen Entscheidung folgt, daß die Täter Andreas W., Georg H. und Josef W. im vollkommenen geistigen Kontakte gehandelt haben,[2]) daß sie also Mittäter waren und deswegen der Lehre von der Teilnahme an Verbrechen und dem § 5 Str. G. zufolge alle den ganzen Erfolg verantworten müssen, ohne Rücksicht darauf, ob einer eine inten-

---

[1]) H. Meyer, IV, S. 237 ff.; Finger, I, S. 157.

[2]) „Über Aufforderung des Michael K. mißhandelten Georg H., Andreas W. und Josef W. den Michael M. (S. 175). Es mag dahingestellt bleiben, ob gegebenenfalls bei Bestand einer verabredeten Verbindung nicht auch jeder der unmittelbaren Täter den vollen Erfolg des verabredeten Angriffes zu verantworten hat und darum ebenfalls der Mitschuld am Totschlage schuldig zu erkennen wäre" (S. 179).

sivere Tätigkeit als die anderen entfaltet,[1]) ohne Rücksicht also, ob einer die tödliche und ob ein anderer die leichte Verwundung zugefügt hat, es müssen also alle eine in feindseliger Absicht begangene Tötung eines Menschen verantworten.

Die Schuld der Mittäter muß in diesem Falle gleichmäßig und identisch sein, so wie es bei einem Einbruchsdiebstahle keinen Unterschied macht, daß einer der Mittäter in einem Wertheimschen Kassenschranke die Öffnung gemacht, ein anderer dieselbe vergrößert und ein dritter das Geld herausgenommen hat.

Wenn also die Mittäter, die den Tod des E herbeigeführt, in verabredeter Verbindung gehandelt haben, so ist es nicht mehr unsere Pflicht zu prüfen und auszuforschen, welcher von denselben die tödliche Verletzung und wer eine leichte körperliche Beschädigung zugefügt hat, weil ihre Schuld dadurch nicht bedingt ist und größere oder kleinere tätige Teilnahme höchstens einen erschwerenden oder Milderungsumstand bilden kann.

Wenn aber alle Täter den ganzen Erfolg zu verantworten haben, so bleibt die Tätigkeit eines jeden von ihnen zu diesem in demselben Verhältnisse wie die Anstiftung, sie ist ebenso kausal, wir haben also keinen Grund, den Kausalnexus anzurufen und dem Anstifter den Gesamterfolg in die Schuhe zu schieben, wenn wir die Täter nur für den Erfolg der Tätigkeit eines jeden von ihnen strafen wollten.

Es folgt daraus, wie grundlos und ohne Bedeutung jene Konstruktion des subjektiv persönlichen Verhältnisses ist, das darin bestehen soll, daß man den Auctor der tödlichen Verwundung zu bestimmen nicht imstande ist: haben die Täter nach Übereinkunft gehandelt, so ist diese Tatsache ganz gleichgiltig, denn so wie so haben sie sich das Ganze zu schulden kommen lassen.

---

[1]) Alle Täter erscheinen als Ausführungsorgane des einen ihnen gemeinschaftlichen Entschlusses, und es ist für die Verantwortlichkeit gleichgiltig, ob etwa der eine Täter eine intensivere Tätigkeit entfaltet hat als die anderen (Plenar. Entsch. Nr. 1257; vgl. auch Finger, I, S. 197). Mittäter verantworten für den ganzen aus ihrer gemeinsamen Tätigkeit hervorgegangenen Erfolg zumal mit diesem Erfolge die Tätigkeit eines jeden einzelnen Genossen im ursächlichen Zusammenhange steht und nach der Natur der Sache überdies jeder Mittäter nicht bloß einer der Urheber der Gesamttat, sondern zugleich an den auf dieselbe gerichteten Einzelhandlungen der Genossen mitschuldig ist. (E. 13. Oktober 1875, Z. 5526; vgl. E. 3. Februar 1880, Z. 13.612, Sg. Nr. 227.)

Es ist aber noch die Frage, ob diejenigen, welche durch eine in feindseliger Absicht unternommene Handlung den Tod eines Menschen herbeigeführt haben, nicht einfach des Totschlages (§ 140) sich schuldig gemacht haben, und ob das Verbrechen nach § 143 Str. G. die vorhergehende Übereinkunft nicht ausschließt, kurz ob die betreffende Auslegung des § 143 Str. G. seitens des Kassationshofes und des Herbstschen Kommentars stichhaltig ist?

Wenn wir berücksichtigen, daß eine in verabredeter Verbindung und in feindseliger Absicht gegen jemanden von mehreren unternommene Handlung, deren Folge der Tod desselben ist, alle Merkmale der Mitschuld an dem Verbrechen des Totschlages (§§ 5, 140 Str. G.) an sich trägt, so können wir den § 143 Str. G. nicht anders verstehen, als daß die Teilnehmer der Schlägerei ohne Verabredung gehandelt haben. Es sind hier drei Eventualitäten möglich: *a)* es wurde ermittelt, wer die tödliche Verletzung zugefügt hat, er ist allein (nicht auch andere) für den Totschlag verantwortlich; *b)* es ist nicht zu bestimmen, wer die tödliche Verletzung zugefügt hat; *c)* es hat niemand dieselbe zugefügt, der Tod ist durch alle Verletzungen und Mißhandlungen zusammen verursacht worden; in diesen beiden Fällen *(b, c)* verantworten alle die schwere körperliche Beschädigung. Wollten wir die vorhergehende Übereinkunft der Missetäter annehmen und trotzdem den § 143 und nicht die §§ 5, 140 Str. G. anwenden, so würden wir ipso facto einmal für immer die Mitschuld am Totschlage ausschließen, da ein jeder gemeinschaftlich vollbrachter Totschlag unter den Begriff „einer gegen eine oder mehrere Personen unternommenen Mißhandlung" fällt, und dazu, bei irgend einem Verbrechen die Anwendung des § 5 Str. G. auszuschließen, sind wir doch gar nicht berechtigt, da nach der Rechtsprechung des Kassationshofes selbst culpose Delikte die Mitschuld zulassen.[1]) Deswegen wollen wir behaupten: die des Verbrechens nach § 143 Str. G. Schuldigen handeln ohne Verabredung.[2])

---

[1]) Vgl. Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 24. Juli 1886, Z. 5917 u. a.

[2]) Sehr richtig Finger, II, 78: „Das gemeinsame Vorgehen der mehreren Personen bei einer Schlägerei oder Mißhandlung darf nur ein tatsächliches sein; wird das Vorgehen aus einem tatsächlichen ein vereinbartes,

Dieser Standpunkt ist für die Aufrechthaltung der Entscheidung des Kassationshofes und insbesondere dieses Teiles, der den Kausalnexus behandelt, viel günstiger als die bisherige Praxis und Rechtsprechung. Denn in diesem Falle verantwortet ein jeder von den Tätern theoretisch nur die durch ihn zugefügte Verwundung, B also ist verantwortlich für x, C für y, D für z, weil ein jeder von ihnen nur diese, nicht eine andere Beschädigung sich zu schulden kommen ließ, das Ganze kann ihm nicht angerechnet werden, es hat doch ein jeder auf eigene Faust gehandelt.

Der Anstifter hat dagegen an jeder dieser Verletzungen seinen Anteil genommen; er hat B, C, D zu einer feindseligen Handlung veranlaßt, er hat also auch die Wunden x, y, z verursacht, es wäre also nur eine logische Schlußfolgerung, wenn $x + y + z = m$ (Tod) ist, so ist A, dem Anstifter der Tod eines Menschen zuzurechnen, und weil A in einer feindseligen Absicht gehandelt hat, so ist er für die Mitschuld am Totschlage (§§ 5, 140 Str. G.) zu bestrafen, obgleich B, C, D nur das Verbrechen nach § 143 Str. G. begangen haben. Auf diese Weise könnte bewiesen werden, daß die Ansicht des Kassationshofes, nach welcher der Anstifter der Mitschuld am Totschlage, die Täter des Verbrechens nach § 143 Str. G. schuldig erkannt werden können, vollkommen begründet ist. Wir machen jedoch darauf aufmerksam, daß diese Schlußfolgerung auf der Prämisse basiert, das Verbrechen nach § 143 Str. G. schließe jeden geistigen Kontakt unter den Mittätern aus.

---

dann haftet jeder infolge der getroffenen Vereinbarung gegen die Körperintegrität eines Dritten Vorgehende auch für den Erfolg der Handlungen seiner Genossen." Andere Meinung vertritt Herbst mit folgender Beweisführung: „weil sonst die gelinderen Strafbestimmungen dieses Paragraphen kaum je zur Anwendung kämen, indem namentlich die von Mehreren gegen Eine oder mehrere Personen gemeinschaftlich unternommene Mißhandlung sich wohl regelmäßig auf eine vorangegangene Verabredung gründen wird." Diese Beweisführung entbehrt der richtigen Auffassung der ratio legis des § 143. Das Gesetz zielt hier auf jene zufällige Dorfschenken- und Kirchmessenraufereien ab, bei welchen das Bedürfnis, der Lebensenergie freie Luft zu machen, jeden anderen Impuls vertritt, bei denen wenig darauf ankommt, wer, wen und aus welchem Anlasse schlägt, bei welchen das Handgemenge ein Werk einer Sekunde ist und nur der Zufall die Rollen verteilt.

Diese Schlußfolgerung ist jedoch leider nur scheinbar begründet, da die obangeführte Argumentation den Prinzipien der Lehre von der Teilnahme an Verbrechen trotzt, besonders was die Anstiftung betrifft. Die Anstiftung ist das Bewirken eines bestimmten verbrecherischen Erfolges vermittels einer verantwortlichen Tätigkeit einer anderen Person. Der gegebene Erfolg ist ein psychisches Kind des Anstifters und ein Resultat des physischen und psychischen Kraftaufwandes des Täters. Der Gesamterfolg, aber nur der Erfolg, den der Täter durch seine Handlung herbeigeführt hat, ist dem Anstifter zuzurechnen. Wenn A drei verschiedene Personen zur Veranlassung drei verschiedener Erfolge angestiftet hat, so muß er jeden von ihnen separat verantworten, wenn also A den B angestiftet hat, er soll einem E zwei Flaschen eines alten Weines zu 5 fl., den C, er soll demselben E einen Überrock im Werte von 15 fl. und endlich D, er soll immer demselben E eine Lampe im Werte von 10 fl. stehlen, so werden B, C, D (welche voneinander nichts wissen) ein jeder die Übertretung des Diebstahls nach § 460 Str. G. begehen, und A macht sich in bezug auf B der Mitschuld an der Übertretung des Diebstahls (§§ 5, 460) schuldig, ebenso in bezug auf C, nicht anders in bezug auf D, kurz, er wird dreimal die Mitschuld an der Übertretung des Diebstahls zu verantworten haben. Es wäre vollkommen verfehlt, wenn wir in betreff des A die Vorschrift des § 173 Str. G. und den Ministerialerlaß vom 5. Mai 1853, Z. 6096 (Hyesche Sammlung Nr. 1582), der die Zusammenrechnung der entwendeten Beträge, beziehungsweise Werte, um die verbrecherische Qualifikation zu erlangen, anordnet, anwenden wollten, weil dieselben nur dann ihre Geltung haben könnten, wenn die Täter B, C, D nach vorhergehender Übereinkunft gehandelt hätten, wenn sie sich also des Verbrechens nach §§ 171, 173 Str. G. schuldig gemacht hätten.

Nicht anders verhält sich die Sache in unserem Falle (§ 143 Str. G.). A hat B, C, D zu einer feindseligen Handlung gegen E angestiftet, aber einen jeden für sich. B hat die Wunde x, C y D z zugefügt, eine jede von diesen Wunden bildet nur eine leichte körperliche Beschädigung und deswegen sollten B, C, D eigentlich nur für die Übertretung nach § 411 Str. G. bestraft werden. Weil sie jedoch an einer Schlägerei teilgenommen haben, und weil sie diese Verletzungen also unter besonders gefährlichen Umständen

dem E versetzt haben, weil infolge ihrer Tätigkeit der Tod des E stattgefunden hat, weil eine leichte körperliche Beschädigung unter diesen Bedingungen zu einem Verbrechen und nämlich nach § 143 Str. G. wird, so muß ein jeder von den Tätern, also B, C, D das Verbrechen nach § 143 Str. G. verantworten. A (dem Anstifter) muß die Mitschuld an den x, y, z zugerechnet werden, er muß es auch in den Kauf nehmen, daß die strengere Qualifikation (infolge der Rauferei) auch auf seine Mitschuld sich beziehen wird, obgleich er nicht voraussetzen konnte, daß B, C und D, wenn auch ein jeder auf eigene Hand, aber trotzdem gleichzeitig („bei einer gegen eine Person unternommenen Mißhandlung") den E angreifen werden, er wird also jedenfalls dreimal die Mitschuld am Verbrechen nach § 143 (§§ 5, 143 Str. G.) verantworten müssen.

Der Kassationshof würde selbstverständlich lieber anders den ganzen Fall beleuchten, die Fragestellung würde folgendermaßen lauten:

A hat B, C, D zu einer feindseligen Handlung gegen E verleitet, B hat die Wunde x, C die Wunde y, D die Wunde z veranlaßt, die Verletzungen x, y, z haben zusammengenommen den Tod des E verursacht, $x + y + z = m$. A muß also diesen Tod verantworten. Wären B, C, D keine verantwortlich handelnden Menschen, sondern nehmen wir an, Tiere, hätte A drei Hunde auf E gehetzt, hätten dieselben drei leichte Verletzungen dem E zugefügt, wäre E daran gestorben, so würde A gewiß zweifelsohne für diesen Tod zur Rechnung gezogen werden müssen; dieser Umstand jedoch, daß B, C, D verantwortlich handelnde Menschen sind, gibt dem Kausalzusammenhang eine andere Form und eine andere Richtung. A verantwortet keine eigene Tat, weil B, C, D keine willenlosen Werkzeuge in seiner Hand sind, kein passives Material, keine unrechnungsfähigen Wesen, die apathisch die ihnen gegebenen Anordnungen befolgen, B, C, D sind verantwortliche Täter, A ist an einer fremden Handlung, beziehungsweise an drei fremden Handlungen mitschuldig geworden.

Weder B, noch C, noch D haben jeder für sich allein durch eigene Handlung den Tod des E verursacht.

B hat die Wunde x zugefügt, wäre dazu die Wunde y und z nicht beigetreten, so würde der Tod (m) nicht erfolgen. Eine verantwortliche und isolierte Handlung eines Menschen kann

niemals der Verletzung x gegenüber die Bedeutung der „zufällig hinzugekommenen Zwischenursachen, insofern diese letzteren durch die Handlung selbst veranlaßt waren", welche der für die Lehre von dem Kausalzusammenhang so prinzipielle § 134 Str. G. erwähnt, haben, sie kann in unserem Falle diese Bedeutung desto weniger haben weil die Tätigkeit des C, D nicht durch B veranlaßt wurde, sondern ganz selbständig neben der Tätigkeit des B sich entfaltet hat.

Wollten wir dem Anstifter A die Schuld, den Tod des E herbeigeführt zu haben, zurechnen, wollten wir ihn für die Mitschuld am Totschlage bestrafen, anstatt ihn nur für die Mitschuld an jenen drei selbständigen Verletzungen, die unter die Vorschrift des § 143 Str. G. fallen, verantwortlich zu machen, so würden wir den Grundprinzipien der Lehre von der Teilnahme an den Verbrechen untreu, so würden wir besonders an jenem Grundsatze rütteln, nach welchem der Anstifter nur die Mitschuld an einem fremden Verbrechen zu verantworten hat, nach welchem seine Schuld nur eine akzessorische Schuldform bietet.[1])

Es kann sein, daß der Standpunkt, nach welchem die Schuld des Anstifters von der der Täter unabhängig ist, ein moderner und de lege ferenda begründeter ist, es kann selbst im gegebenen Falle die Bestrafung der Täter für die Mitschuld am Verbrechen nach § 143 und des Anstifters für die Mitschuld am Verbrechen des Totschlages (§ 140) als ein klassisches Beispiel der praktischen Anwendung jener modernen kriminalistischen Doktrin dienen, welche die ganze Lehre von der Teilnahme an Verbrechen über den Haufen zu werfen verlangt, welche die Schuld eines jeden der Teilnehmer selbständig prüfen und beurteilen will, welche den Anstifter für ein eigenes Verbrechen zu strafen angezeigt findet.[2])

---

[1]) „Die Strafbarkeit des Anstifters wird solcher Art abhängig vom Verhalten des Angestifteten: dies soll hervorgehoben werden, wenn die Anstiftung eine akzessorische Schuldform genannt wird" (Finger, I, S. 200). Die Ausnahme des § 9 hat hier keine Geltung.

[2]) Jede vorsätzliche Anstiftung zur Begehung einer strafbaren Tat, sei diese Verbrechen, Vergehen oder Übertretung, dolos oder fahrlässig und jede vorsätzliche Beihilfe zu einer strafbaren Tat bildet ein selbständiges Verbrechen (Dr. Alex. Nicoladoni, Der Einfluß der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme. Mitteilungen der I. K. V., V, S. 347; vgl. auch die Ausführungen des Dr. B. Getz, ib., S. 348.)

De lege ferenda steht es frei, diesem Standpunkte Beifall zu spenden, de lege lata bleibt die Anstiftung nur eine Form der Mitschuld an fremdem Verbrechen und würde jemand drei verschiedene Personen zu drei verschiedenen Verbrechen angestiftet haben, so würde er für drei verschiedene Erfolge ihrer Tätigkeit verantwortlich und niemals für die Summe dieser Erfolge, welche sonst zusammengenommen eine weit höhere Verantwortlichkeit und Strafbarkeit begründen könnten, als wenn sie ein einziger Täter oder mehrere nach Übereinkunft Handelnde hervorgerufen hätten.

Treten wir jetzt jenem Falle näher, der der Entscheidung des Kassationshofes zugrunde liegt. Michael K. hat Georg H., Andreas W. und Josef W. zu einer feindseligen Handlung gegen Michael M. angestiftet. Nehmen wir an, sie haben nicht in verabredeter Verbindung gehandelt, denn im entgegengesetzten Falle, wie wir gesehen haben, würde einfache Anstiftung zu dem Verbrechen des Totschlages stattfinden. Einer von den Angreifern hat eine tödliche Verletzung zugefügt, aber wer, ist unbekannt, es konnte keiner derselben überwiesen werden, es war also anzunehmen, daß alle nur das Verbrechen nach § 143 Str. G. verschuldet haben, kurz, es wurde niemandem der tödliche Erfolg m, sondern nur jene kleinen Wunden x, y, z selbst auch in unbestimmter Reihenfolge zugerechnet. Es wurde nämlich nur das bewiesen, daß alle drei Täter Hand angelegt haben, der Anteil eines jeden wurde jedoch nicht festgestellt, es wurde auch nicht bestimmt, wer jene tödliche Verletzung sich zuschulden kommen ließ, ergo die Schuld der einzelnen Täter bewegt sich in hypothetischen Grenzen einer gesetzlichen Präsumption, es wird einem jeden wenigstens die Handanlegung und auch das, was schon folgenschwerer war, leichte oder schwere körperliche Beschädigung zugerechnet, die Verursachung eines tödlichen Erfolges wird jedoch ausgeschlossen.

Der tödliche Erfolg hat also keinen auctor, weil keiner der Täter, welche einzig und allein denselben verantworten könnten, denselben herbeigeführt zu haben, überwiesen wurde, außerhalb dieser drei Angreifer ist aber schon nichts mehr zu suchen — nur einer von ihnen hat Gelegenheit gehabt, den tödlichen Schlag dem Michael M. zu versetzen.

Wenden wir uns jetzt dem Anstifter zu. Die Schuld des Anstifters ist akzessorisch, er verantwortet nur die Teilnahme an der strafbaren Handlung des Täters; kann der Täter nicht überwiesen werden, den Erfolg m verursacht zu haben, kann ihm deswegen das betreffende Delikt M nicht zugerechnet werden, sondern nur ein anderes, sagen wir m, so hat der Anstifter nur § 5 m und nicht § 5 M zu verantworten; hat er drei verschiedene Täter isoliert angestiftet, so verantwortet er dreimal die Mitschuld an dem Verbrechen m (§ 5 m). So sollte er in unserem Falle, wenn die Täter ohne Übereinkunft gehandelt haben, dreimal für die Teilnahme an dem Verbrechen nach § 143 Str. G., also für die reale Konkurrenz der drei Verbrechen (§§ 5, 143 Str. G.) zur Rechnung gezogen werden.

Der Kassationshof stellt die Frage anders: es ist wahr, daß wir denjenigen, der die tödliche Verletzung zugefügt hat, nicht bestimmen können, es ist auch wahr, daß wir nicht wissen und niemals wissen werden, ob Georg H., Andreas W. oder Josef W. daran Schuld trägt, aber entschieden ist es einer von ihnen; jedenfalls hat der Anstifter denjenigen angestiftet, dessen Handlung zur Ursache des Todes des Michael M. wurde, es hat also der Anstifter dessen Handlung und somit den Tod des Michael M. veranlaßt, ergo es muß der Anstifter diesen Tod verantworten, und obgleich wir den Totschläger nicht kennen, beziehungsweise obgleich wir den Verdächtigen von der Schuld, den Totschlag begangen zu haben, befreien, so muß doch der Anstifter für die Mitschuld am Totschlage verantwortlich gemacht werden.

Ist das eine vom Standpunkte der Lehre von der Teilnahme an Verbrechen begründete Ansicht?

Ich glaube kaum. Der Anstifter kann in der Regel niemals die Anstiftung zu einem Verbrechen verantworten, das niemandem zugerechnet werden kann. Die Ausnahmen von dieser Regel (die erfolglose Anstiftung nach § 9 Str. G. und das Verbrechen nach § 105 als delictum sui generis) finden im gegebenen Falle keine Anwendung.

Unserer Behauptung könnte man folgendes Beispiel entgegensetzen: A hat B zu einer feindseligen Handlung gegen C angestiftet. Infolgedessen hat B gegen C so gehandelt, daß daraus der Tod dieses letzteren erfolgte. Die zufolge der Tötung des C ein-

geleitete Untersuchung ist nicht imstande, den Täter zu individualisieren, obgleich durch die Aussagen der Zeugen festgestellt wurde, daß A eine ihnen unbekannte Person zur feindseligen Handlung gegen C veranlaßt und daß diese Person das Verbrechen begangen hat. A will den Namen dieser Person nicht angeben.

Trotzdem diese Person individuell nicht bestimmt ist, wird A wegen der Mitschuld am Totschlage (§§ 5, 140 Str. G.) verurteilt, man könnte daraus schließen: wenn wir in diesem Falle den Täter nicht kennen und trotzdem jemanden für die Anstiftung verurteilen dürfen, so steht nichts im Wege, dasselbe auch in dem anderen Falle zu tun, d. h., wenn wir genau wissen, daß der Täter unter drei gegebenen Personen zu suchen ist, ihn aber zu bestimmen nicht imstande sind.

Scheinbar ist dieser Fall mit dem vorher besprochenen vollkommen identisch, und doch, was für ein prinzipieller Unterschied besteht zwischen den beiden!

Im ersteren Falle, den wir angeführt haben, wissen wir ganz genau, daß der Täter eine Person ist, die wir weder dem Namen, noch dem Vornamen nach kennen, deren Aufenthaltsort uns unbekannt bleibt, könnten wir jedoch ihrer habhaft werden, könnten wir sie den Zeugen vor Augen stellen, so wären wir sogleich imstande, sie zu verurteilen, weil die Tatsache, daß diese und keine andere Person das Verbrechen begangen hat, zweifellos ist, es ist nur die Individualität derselben vorläufig unbekannt. Es ist dies, sagen wir, ein mythischer Rinaldo, einmal gefangen, muß er nicht nur das letzte, sondern auch alle anderen vorher begangenen Verbrechen abbüßen.

In dem durch den Kassationshof entschiedenen konkreten Falle verhält sich die Sache anders. Wir kennen alle drei Personen, von welchen eine der Verbrecher ist, wir wissen genau, daß sie an der Mißhandlung des Michael M. teilgenommen haben, wir kennen genau ihre Generalien und dessenungeachtet müssen wir sie von der Schuld, den Michael M. getötet zu haben, freisprechen — weil keine von ihnen dessen überwiesen werden kann.

Dort haben wir gewußt, daß das Verbrechen durch einen so und so aussehenden Menschen begangen wurde, wir wußten bloß nicht, wo er zu suchen ist, hier wissen wir, daß das Verbrechen einem von diesen dreien zur Last fällt, die wir alle in unseren

Händen haben, von denen wir jedoch keinen verurteilen dürfen, da keinem die strafbare Handlung zugerechnet werden darf.

Deswegen wird im ersten Falle der Anstifter selbst, ohne auf die Ergreifung des Verbrechers zu warten, verurteilt, im zweiten wird er von der Mitschuld am Verbrechen, für welches wir keinen der drei Verdächtigen verurteilen, freigesprochen.

Zusammenfassend, was wir hervorgehoben haben, müssen wir die Entscheidung des Kassationshofes vom 15. Februar 1897, Z. 15.061, Sg. Z. 2047, aus folgenden Gründen als nicht mustergiltig betrachten:

1. Der Umstand, daß derjenige unter den Tätern, der die tödliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu bestimmen ist, bildet kein subjektiv persönliches Verhältnis, das den Tätern und nicht dem Anstifter zugute kommen könnte;

2. das Verbrechen nach § 143 Str. G. ist ein delictum sui generis und bildet keine Art des Totschlages, es können also keineswegs die Täter für das Verbrechen nach § 143 Str. G. und der Anstifter für die Teilnahme am Totschlage (§§ 5, 140 Str. G.) bestraft werden, der Anstifter kann die Teilnahme nur an dem Verbrechen verantworten, dessen die Täter schuldig erkannt worden sind;

3. wenn wir den Standpunkt der Rechtsprechung des Kassationshofes einnehmen, nach welcher diejenigen, die an einer Schlägerei nach § 143 Str. G. teilgenommen haben, im geistigen Kontakte handeln können und trotzdem nicht für das Verbrechen des Totschlages nach § 140 Str. G., sondern für das Verbrechen nach § 143 Str. G. sich zu verantworten haben, so haben wir keinen Grund, einen entfernteren Teilnehmer — nämlich den Anstifter — für den Totschlag zu bestrafen. Es ist das augenscheinlich eine exzeptionelle Vorschrift des Gesetzes, die auf alle Schuldige Anwendung finden muß;

4. wenn wir im gegebenen Falle annehmen, daß die Täter nicht in verabredeter Verbindung gehandelt haben, so verantwortet der Anstifter die Mitschuld an dem Verbrechen eines jeden isoliert, also dreimal die Mitschuld am Verbrechen nach § 143 Str. G.;

5. der Kausalzusammenhang, der zwischen der Anstiftung und dem Tode des Michael M. besteht, ist im Falle, wenn die Täter

nach Übereinkunft gehandelt haben, identisch mit dem Kausalzusammenhange, der zwischen der Handlung eines jeden der Täter und dem strafrechtlich relevanten Erfolge stattfindet — es ist also auch die Schuld identisch;

6. der Kausalzusammenhang, der zwischen der Anstiftung und dem Tode des Michael M. besteht, wird, wenn die Täter ohne Übereinkunft gehandelt haben, durch die isolierte Tätigkeit der einzelnen Täter unterbrochen.

Aus diesen Gründen finden wir, daß das Urteil des Kassationshofes mit den Vorschriften des geltenden Strafgesetzes nicht übereinstimmt und nur von dem Standpunkte der modernen Postulate von der gänzlichen Abschaffung der Lehre von der Teilnahme an Verbrechen und von der selbständigen Bestrafung eines jeden der Teilnehmer, ohne Rücksichtnahme auf die anderen, aus, verteidigt werden könnte. Angesichts des § 5 Str. G. jedoch bleiben diese Postulate — bloß eine Zukunftsmusik.[1])

[1]) Vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkte aus ist dem Kassationshofe beizupflichten (vgl. meine Einführung in die Phil. des Str. R. S. 330 bis 341) nicht aber vom Standpunkte des geltenden Gesetzes.

3. Eine Lücke in der neuen Zivilprozeßordnung und ihre Folgen für das Strafrecht.

Das Bessere ist der Feind des Guten. Es wirkt nichts so verhängnisvoll für ein einheitliches Werk, als seine Verbesserung und besonders seitens dritter Personen. Es wird zwar dies und jenes richtiggestellt, aber man merkt nicht, wie das Ganze, der Geist der Schöpfung darunter leidet. Diesen Prozeß der Zusätze und Abänderungen durchzugehen, ist leider das bittere Los einer jeden gesetzgeberischen Vorlage. So war es auch mit der neuen Zivilprozeßordnung; die Regierungsvorlage, ein in sich abgeschlossenes Ganze, dessen Einzelheiten konsequent durchgeführt waren, wurde ein Gegenstand der Verbesserung seitens parlamentarischer Kommissionen und Ausschüsse — es ist nicht zu leugnen, daß der Ausgangspunkt der Korrekturen oft ein richtiger war — aber es war nicht möglich, im gegebenen Momente zu beachten, wie folgenschwer diese oder jene Abänderung im Zusammenhang mit anderen nicht abgeänderten Vorschriften wird.

Die Regierungsvorlage der neuen Zivilprozeßordnung enthielt das Beweismittel der Vernehmung der Parteien mit der strafrechtlichen Sanktion so gut der beeideten wie auch der unbeeideten Aussagen verbunden. „Die Permanenzkommission des Herrenhauses konnte sich von der Richtigkeit der Einschaltung einer Vorstufe, der Zulassung einer unbeeideten Vernehmung unter strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht überzeugen" (Motive). Infolgedessen, da diese Änderung in der gemeinsamen Konferenz beschlossen und später zum Gesetze wurde, enthält heute § 377 Abs. III die Vorschrift: „Die von einer Partei unter Eid abgelegte Aussage unterliegt, wenn sie falsch ist, der gleichen strafrechtlichen Beurteilung

wie ein vor Gericht abgelegter falscher Eid." A contrario alle falschen Aussagen der Partei vor der Beeidigung können der strafrechtlichen Sanktion als falsches Zeugnis nicht unterliegen. (Vgl. „eine Befragung ohne Eid und ohne Straffolgen", Motive.) Nun ereignete sich in der Praxis ein folgender Fall. A belangt B zur Zahlung von 100 fl. aus irgend welchem Titel. B leugnet, schuldig zu sein. Der Richter schreitet aus Mangel an anderen Beweismitteln zur Vernehmung der Parteien. Unbeeidet behauptet A Tatsachen, welche durchgehends durch B geleugnet werden. Der Richter findet sich veranlaßt, eine von den Parteien unter Eid einzuvernehmen. Seine Wahl fällt auf A; vor der Beeidigung stellt er die nach §§ 372, 336 Z. P. O. vorgeschriebene Frage in bezug auf die Zulässigkeit der Beeidigung.

A antwortet auf die Frage, ob er wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurteilt worden ist, verneinend. Seine unter Eid abgelegten Aussagen sind für den Streit entscheidend, das Urteil wird auf sie gestützt und B zur Zahlung jener 100 fl. s. N. verurteilt.

Kurz nachher erfährt B, daß A vor vier Jahren eine Strafe von zwei Monaten schweren Kerkers für einen falschen Eid abgebüßt hat. Quid juris?

Die betreffende Aussage hat vor der Beeidigung stattgefunden, soll also folgerichtig als unbeeidetes, falsches Zeugnis straflos sein. Die verletzte Partei hat aber auch kein zivilprozeßrechtliches Mittel gegen das Urteil, sie ist also wehrlos.

Eine Nichtigkeitsbeschwerde kann die Handlung des A nicht begründen, weil § 477 Z. P. O. unter den Nichtigkeitsgründen einen solchen nicht kennt.

Das Rechtsmittel der Berufung zu ergreifen, wäre illusorisch und aussichtslos gemäß § 489 Abs. 1: „Wurde eine Partei in erster Instanz unter Eid einvernommen, so kann über dieselbe Tatsache die eidliche Abhörung der Gegenseite vom Berufungsgerichte nicht angeordnet werden."

Vielleicht könnte die beschädigte Partei von der Wiederaufnahmsklage Gebrauch machen? — auch das nicht, denn es könnte sich dieselbe nur auf Vorschriften des § 530 Abs. 2, 3, 7 Z. P. O. stützen und alle drei können im gegebenen Falle nicht platzgreifen; Absatz 2 nicht, weil wir es mit keinem „falschen Eide"

zu tun haben;[1]) Absatz 3 nicht, weil nach dem, was wir oben festgestellt haben, hier keine strafrechtlich geahndete, noch weniger „eine im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verfolgende Betrugshandlung" vorliegt;[2]) Absatz 7 wiederum nicht, weil die Tatsache, daß der Gegner vorbestraft war, doch zu jenen neuen Tatsachen oder Beweismitteln nicht gehört, „deren Vorbringen und Benutzung im früheren Verfahren eine der Partei günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt haben würde",[3]) weil nämlich § 530 Absatz 7 nur rechtserzeugende Tatsachen, die für den Rechtsstreit selbst von Belang sind, und die sich darauf beziehenden Beweismittel im Auge hat (noviter reperta), nicht aber jene Tatsachen, welche nur über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Beweismittels entscheiden können.

Wir sind also zu dem Schlusse gelangt, die beschädigte Partei sei der Rücksichtslosigkeit des Gegners gegenüber vollkommen wehrlos, nämlich deswegen, weil die gesetzgeberischen Faktoren, nachdem sie die Aussagen der Partei vom Standpunkte ihrer Einvernehmung in merito aus in zwei Teile eingeteilt haben: die beeidigten und unbeeidigten, die eventuell unter die Strafsanktion fallenden und absolut straflosen, vergessen haben, daß die Beantwortung der in bezug auf die Zulässigkeit des Eides gestellten Frage naturgemäß vor der Beeidigung stattfinden muß.

Gibt es also für die in ihrem Rechte verletzte Partei, die möglicherweise durch ihre Aussagen ein ganz anderes Urteil herbeiführen könnte — keine Aussicht?

Wenn wir auf dem Standpunkte der rein formellen Auslegung der Motive in der Zivilprozeßordnung verbleiben wollen — „Ver-

---

[1]) § 530 Absatz 2 lautet: Ein durch Urteil geschlossenes Verfahren kann auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen werden: ... wenn sich ein Zeuge oder ein Sachverständiger einer falschen Aussage oder der Gegner bei seiner Vernehmung eines falschen Eides schuldig gemacht hat und das Urteil auf diese Aussage gegründet ist.

[2]) § 530 Absatz 3: Wenn das Urteil durch eine im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verfolgende Betrugshandlung des Vertreters der Partei, ihres Gegners oder dessen Vertreters erwirkt wurde.

[3]) § 530 Absatz 7: Wenn die Partei in Kenntnis von neuen Tatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benutzung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt haben würde.

nehmung ohne Eid ist zugleich ohne Straffolgen" — gewiß keine, wir glauben jedoch dem Geiste des Gesetzes und selbst den Intentionen des das Gesetz in der oben angeführten Richtung abändernden Körpers zu entsprechen, wenn wir behaupten, die Beantwortung der in Rede stehenden Generalfrage falle nicht unter den Begriff der absolut straflosen Aussagen, sondern könne im gegebenen Falle eine strafbare Handlung begründen; wir meinen nämlich, daß die Abänderung nur die unbeeideten Aussagen der Partei in merito im Auge hatte, und da § 377 Absatz 3 Z. P. O. nur besagt: „Die von einer Partei unter Eid abgelegte Aussage unterliegt, wenn sie falsch ist, der gleichen strafrechtlichen Beurteilung, wie ein vor Gericht abgelegter falscher Eid," nicht aber ein jedes strafrechtliche Verfahren wegen anderer Aussagen ausschließt, so ist es vollkommen möglich, die Beantwortung der betreffenden Generalfrage zwar nicht als falschen Eid, dafür aber als eine andere strafbare Handlung zu betrachten.

Es sind hier zwei Gesichtspunkte möglich:

1. Wir gehen vom Standpunkte aus, die Beantwortung der Generalfrage sei für das Urteil kausal geworden, die Partei hat nämlich falsch ausgesagt, infolgedessen ist sie zur Beeidigung zugelassen worden, hat unter Eid Aussagen abgelegt, auf welche sich das Urteil gestützt hat, dem Urteile zufolge muß der Gegner 100 fl. s. N. zahlen, hat also einen Schaden in dieser Höhe erlitten. Es ist zwar möglich, daß, wenn auch die Partei die Wahrheit gesagt hätte und zum Eide nicht zugelassen würde, das Urteil gleich lauten würde, es konnte nämlich der Gegner die Aussage ablehnen (§ 381) oder es konnte der Richter trotz seiner beeideten Aussage dasselbe Urteil fällen, aber alle diese Eventualitäten bleiben für die Frage des Kausalnexus ebenso ohne Bedeutung, wie etwa beim Morde der Umstand, daß der Ermordete sowieso sterben mußte, da er vor dem Attentate Gift genommen hat.

Es sei hier hervorzuheben, daß im gegebenen Falle die Frage, ob die rechtswidrig beeidete Partei in merito falsch oder wahr ausgesagt hat, dahingestellt bleiben muß, da wir von der Prämisse ausgegangen sind, daß wir keine Beweismittel in merito haben und nur auf Aussagen der Parteien beschränkt sind.

Nehmen wir den Kausalnexus zwischen den Aussagen ad generalia und dem Urteile an, so haben wir es mit einem Betruge

zu tun, der je nach der Höhe des Schadens zu einem Verbrechen nach §§ 197, 200 Str. G. oder zu einer Übertretung nach § 461 Str. G. wird.

2. Wenn man den Kausalnexus zwischen der falschen Beantwortung der Generalfrage, dem Urteile und dem materiellen Schaden, der in der mit dem Urteile zuerkannten Summe bestehen soll, ablehnen wollte, so haben wir jedenfalls mit der Übertretung nach § 461 Str. G. zu tun, die darin besteht, daß die Partei durch ihre falsche Beantwortung der Generalfrage den Gegner eines Beweismittels beraubt habe, von dem man zwar nicht mit aller Zuverlässigkeit behaupten kann, es würde für den Streit ausschlaggebend sein, dessen Gebrauch jedoch ein Recht der betreffenden Partei gebildet hat — die Partei hat also durch listige Vorstellung, sie sei wegen falschen Eides, beziehungsweise Zeugnisses nicht vorbestraft, den Richter in Irrtum geführt, durch welchen der Gegner in seinem Rechte, von einem Beweismittel Gebrauch zu machen, beeinträchtigt worden ist und einen entsprechenden Schaden erlitten hat.

In beiden Fällen sub 1 und 2 ist die Aufhebung des Urteils entweder mit dem Strafurteile (nach §§ 4, 371 Str. P. O.) zu verbinden oder nachher im Wege der Wiederaufnahmsklage auf Grund des Strafurteils (§ 530 Absatz 3 Z. P. O.) zu erwirken.

---

4. Genesis und kriminalpolitische Bedeutung des § 214 des österreichischen Strafgesetzes.

Das österreichische Strafgesetz enthält eine Vorschrift, welche entschieden anders nicht zu erklären ist, wie dadurch, daß sie als Reminiszenz einer weitentfernten Stufe der Rechtsentwicklung betrachtet wird. Ein Beweis mehr, wie weit das heutige Strafgesetz vom Jahre 1852 (eigentlich 1803) in die Vergangenheit reicht. Wir wollen vom § 214 sprechen, der lautet:

Vorschub zu Verbrechen: *b)* durch Verhehlung.

Zweiter Fall. „Wenn jemand der nachforschenden Obrigkeit die zur Entdeckung des Verbrechens oder des Täters dienlichen Anzeigungen verheimlicht, d. h. deren Bekanntwerden absichtlich zu hindern oder wenigstens zu erschweren sucht; oder den Verbrecher vor ihr verbirgt, oder den ihm bekannten Verbrecher vor ihr verbirgt; oder den ihm bekannten Verbrechern Unterschleif gibt; oder ihre Zusammenkünfte, da er sie hindern könnte, begünstigt."

Wie wir sehen, unterscheidet das Gesetz vier verschiedene Fälle:

1. Verheimlichung vor der nachforschenden Obrigkeit der zur Entdeckung des Verbrechens oder des Täters dienlichen Anzeigungen.
2. Verbergung des Verbrechers.
3. Unterschleif den dem Schuldigen bekannten Verbrechern gegeben.
4. Begünstigung der Zusammenkünfte der demselben bekannten Verbrecher.

Es drängt sich die Frage auf, warum unterscheidet das Gesetz zwischen dem 3. und 4. Fall einerseits und dem 2. Fall anderseits. Es könnte scheinen, daß wir hier mit einem den älteren Gesetzbüchern so geläufigen Pleonasmus zu tun haben, eine präzise Re-

daktion war doch nie ihre Eigenschaft. Es könnte scheinen, das Gesetz konnte sich auf den 3. Fall beschränken, weil der Begriff „Unterschleif geben" ein so weiter und dehnbarer ist, daß auch der 2. und 4. Fall darin enthalten werden konnte. Wer durch die Tatsache, dem Täter Unterschleif gegeben zu haben, schon eine strafbare Handlung begeht, begeht dieselbe desto mehr, wenn er ihn verbirgt, und zu „einer Zusammenkunft" der Verbrecher ist der Unterschleif ipso facto nötig, es wird eine Zusammenkunft begünstigt, wenn man eine Gelegenheit dazu gibt, indem man irgend eine Wohnung, ein Haus usw. zur Verfügung stellt.[1][2]

Eine andere Begünstigung der Zusammenkunft, die kein Unterschleif wäre, wäre nur Wachestehen während einer in keiner verbauten Örtlichkeit (Haus, Scheune usw.) stattfindenden Zusammenkunft, sondern z. B. auf dem Felde, im Walde usw. Diese Alternative aber entspricht dem Titel des § 214 — „durch Verhehlung" nicht. Für die Begünstigung der Zusammenkunft soll nicht das Wachestehen, damit dieselbe nicht gehindert wird, entscheidend sein, sondern die Verhehlung derselben und ihrer Mitglieder; der Schuldige soll die Möglichkeit haben, die Zusammenkunft zu „hindern" („verwahren" im Gesetze vom Jahre 1796) und dies ist nur im eigenen Hause, beziehungsweise Wohnung möglich.

Analogen Bestimmungen begegnen wir in den §§ 287 f., 290, 291 und 293*d* — „der ihren Zusammenkünften wissentlich sein Haus oder seine Wohnung vermietet oder leihet". Die Begünstigung der Zusammenkunft besteht also in der Vermietung oder Leihung des Hauses oder der Wohnung.

Haben wir also mit einem Pleonasmus zu tun? Hat das Gesetz nichts grundverschiedenes im Sinne gehabt? Hat es nur durch Anführung von Einzelheiten den Hauptgedanken verständlicher machen gewollt?

---

[1]) Einer analogen Zusammenstellung begegnen wir im § 515. Eine strafbare Handlung begehen Gast- oder Schankwirte dadurch, daß sie zur Unzucht Gelegenheit verschaffen, und es trägt doch die Verschaffung dieser Gelegenheit den allgemeinen Namen — Unterschleif, vgl. sonst die zwei Ausdrücke des § 512 Abs. a. „ordentlicher Aufenthalt" oder sonst Unterschleif.

[2]) Der Kassationshof interpretiert in der Entscheidung Nr. 230 (Nowaksche Sammlung) den Ausdruck „Unterschleif" (§ 214) als „unerlaubte Beherbergung."

Wenn ja, warum kennt das Gesetz ein verschiedenes Strafausmaß für die Verbergung einerseits, für den Unterschleif und Begünstigung der Zusammenkünfte anderseits? Es ist also ein Unterschied in der Strafbarkeit. Es könnte dies natürlich erscheinen, es ist doch die Verbergung eine stärkere Art der Vorschubleistung, als der Unterschleif, es wäre also kein Wunder, daß die Verbergung strenger bestraft wird, als der Unterschleif.

Ja, aber das Gesetz ist einer anderen Meinung: die Strafe, mit welcher der Unterschleif geahndet ist, ist strenger, als die für die Verbergung.

§ 215 schreibt nämlich vor: „Ein solcher Verhehler soll, wofern nicht bei den Verbrechen des Hochverrates, der Ausspähung und Falschwerbung der Fall der unterlassenen Anzeige eintritt und die Mitschuld an eben diesen Verbrechen begründet (§§ 61, 67 und 92) nach der Gefährlichkeit des verhehlten Verbrechers und nach der durch seinen Vorschub beförderten Schädlichkeit mit Kerker von sechs Monaten bis auf ein Jahr; und im Falle des gegebenen Unterschleifes oder der begünstigten Zusammenkünfte mit schwerem Kerker bis auf fünf Jahre bestraft werden."

Wir sehen also, daß die Verbergung des Verbrechers mit einer Strafe des (einfachen) Kerkers von sechs Monaten bis zu einem Jahre, dafür der Unterschleif und Begünstigung der Zusammenkunft (und nicht die Verbergung) als ein qualifizierter Fall sich darstellt, der mit schwerem Kerker bis zu fünf Jahren bestraft werden soll!

Wenn wir annehmen, daß das Gesetz sich nur eines Pleonasmus bedient, daß die Vorschriften des § 214 aus einem Gusse sind, kommen wir zu folgenden Konsequenzen: Wer einen Mörder, Meuchelmörder vor der nachforschenden Obrigkeit verbirgt, — kann keine größere Strafe, als die des einfachen Kerkers bis zu einem Jahre erhalten, dafür wer einem Diebe, der in einer eingefriedeten Waldung eine Fichte, 11 Kronen wert, gestohlen hat (§§ 171, 174 II *c*) Unterschleif gegeben hat, kann mit schwerem Kerker bis zu fünf Jahren bestraft werden.

Wie ist das zu erklären?

Wenn wir etwas Kompliziertes im Gesetz finden, pflegen wir Informationen zu schöpfen: aus der Judikatur, die die Praxis vertritt, und der Literatur, als Vertreterin der Theorie:

A. Der **Kassationshof** befaßt sich in einer ganzen Reihe von Entscheidungen ausschließlich mit der Interpretation des § 214 Absatz 1 bis 2. Es gibt nur eine einzige Entscheidung (**Nowaks** Sammlung Nr. 230), die unser Problem in Erwägung zieht und die für Untergerichte sichtlich zweifelhafte Frage beantwortet, ob der Ausdruck „bekannten Verbrechern" in der Richtung auszulegen ist, daß nur der einer größeren Anzahl von Verbrechern gegebene Unterschleif strafbar ist, oder tritt die Strafbarkeit schon bei einem einzigen ein? Der Kassationshof spricht sich für diese zweite Alternative aus. In dieser Entscheidung aber ist neben der Frage der Anzahl der begünstigten Verbrecher, mittelbar (in den Ausführungen der Generalprokuratur, mit welchen der Kassationshof sich solidarisiert) auch die Frage, wer unter jenen „bekannten Verbrechern" zu verstehen ist, angeregt worden. Der Standpunkt des Kassationshofes, beziehungsweise der Generalprokuratur unterliegt in dieser Hinsicht keinem Zweifel: wenn „das Verbergen" auf eine Person Bezug hat, die ein Verbrechen begangen, und nach welcher die Obrigkeit sucht, so bezieht sich der „Unterschleif" auf eine Person, welche zwar auch ein Verbrechen begangen, aber von der Obrigkeit noch nicht verfolgt wird. Die Generalprokuratur betrachtet diesen zweiten Fall als einen viel gefährlicheren.[1]) Kommt zu mir jemand, der für das Verbrechen des Betruges steckbrieflich verfolgt wird, und wird er von mir verborgen, so begehe ich dadurch eine weniger strafbare Handlung (nach Ansicht der Generalprokuratur) als wenn mir ein Freund bekennt: „heute habe ich einen Menschen im Duell erschossen, die Obrigkeit weiß es noch nicht, ich muß fort, aber tue mir den Gefallen, mich heute zu beherbergen" und

---

[1]) Die Generalprokuratur (**Nowaksche** Slg. III, S. 127) äußert sich: Derselbe Gesetzesparagraph bedroht im Verbergen eines Verbrechers vor der nachforschenden Obrigkeit eine Handlung, welche nicht selten in einem an sich edlen Motive, z. B. im Mitleide, ihren Ursprung nimmt. Ihr steht der einem noch nicht von der Obrigkeit verfolgten Verbrecher zugewendete Unterschleif an Strafwürdigkeit nicht nach: vielmehr ist er der öffentlichen Sicherheit im höheren Grade gefährlich. Wer bereits verfolgt wird, dürfte wohl für gewöhnlich, um nicht ergriffen zu werden, vor neuen Straftaten zurückschrecken, mindestens insolange die Verfolgung währt. Dagegen wird durch die Erfahrung bestätigt und Artikel 102 § 3 der Theresiana hat dies treffend ausgeführt, daß der gegebene Unterschleif in der Regel nur die Operationsbasis zu strafgesetzwidrigen Handlungen gibt.

ich tue es. Dieser Unterschleif ist viel strafbarer, trotzdem, daß ich nicht weiß, ob der Staatsanwalt überhaupt den Verbrecher verfolgen wird, und keine Obrigkeit denselben verfolgt. Nach der Ansicht der Generalprokuratur, eben deswegen! Wir haben dazu folgende Erklärung: „der gegebene Unterschleif gibt eine Operationsbasis zu strafgesetzwidrigen Handlungen". Habe ich dadurch, daß ich meinen Freund beherbergt habe, demselben Gelegenheit zu neuen strafbaren Handlungen gegeben? zu welchen? vielleicht zu einem neuen Zweikampf?

Die Interpretation der Generalprokuratur wirkt auf mich nicht überzeugend, vielmehr finde ich, daß sie sehr gefährlich ist, wir können nicht vergessen, daß außer dem § 214 auch der § 307 analoge Vorschriften (bezüglich der Vergehen und Übertretungen) enthält, so daß der irgend jemandem nach dem Begehen irgend einer strafbaren Handlung gegebene Unterschleif eine strafbare Handlung (Verbrechen oder Übertretung) bilden wird; wir gelangen zu dem Resultate, daß, wenn wir jemanden aufnehmen, der auf seinem Rade zu schnell gefahren ist (§ 427 Str. G. *C. H.* Nr. 1978), oder jemanden, der einen Polizeibeamten beleidigt hat (§ 312 Str. G.), die Übertretung nach § 307 begehen; wenn wir jemanden aufnehmen, in dessen Hause ein Balkon schlecht vergittert war, was zur Folge gehabt hat, daß ein Kind heruntergefallen ist und den Tod gefunden hat, so begehen wir eine Übertretung nach § 307 (schwerere Strafe); wenn bei uns ein Mensch einige Tage verweilt hat, der jemanden im Zorn getötet, begehen wir ein Verbrechen. Wir verbergen den Täter nicht, im Gegenteil, es wird der ganzen Welt kundgemacht: „es weilt bei uns derjenige, der das und das getan hat", wir erschweren der Obrigkeit die Nachforschung nicht, im Gegenteil, wir machen dieselbe mittelbar auf diese Tatsache aufmerksam, alles vergeblich. Die Generalprokuratur erwidert: „es handelt sich nicht um das Verbergen, hätte die Obrigkeit schon nachgeforscht, so wäre dies nicht so strafbar, aber Sie nehmen den Verbrecher bei hellem Tage auf, das ist das Gefährliche! Sie geben dem Täter die Operationsbasis zu strafgesetzwidrigen Handlungen"!

Das ist noch nicht alles, es handelt sich um weitere Konsequenzen, „die Obrigkeit forscht nicht nach", aber die Obrigkeit kann lange nicht nachforschen, es bleibt die Frage offen: wie lange

soll ich mich von der Aufnahme meines „verbrecherischen" Freundes enthalten?

Nehmen wir an, mein Freund hat das Verbrechen des Duells begangen: er hat zwar seinen Gegner nicht getötet, aber leicht verwundet, er erscheint bei mir, ich erkläre aber aus Furcht vor dem § 214 in der Auffassung des Kassationshofes: „Mein Lieber, da die unerlaubte Beherbergung meinerseits ein Verbrechen wäre, kann ich dich nicht aufnehmen." Mein Freund verläßt mich, nach einem Jahre erscheint er bei mir wieder. Was nun? Die Obrigkeit forscht nicht nach, warum — das weiß ich nicht, auch weiß ich es nicht genau, ob sie nicht nachforscht. Was soll ich tun: soll ich dem Staatsanwalt die Frage stellen: Wollen Sie meinen Freund wegen des Duelles verfolgen oder nicht? Wie lange soll diese Zeit des Zweifels und der Unsicherheit dauern?

Streng genommen — bis zur Verjährung. Ein Duell mit Verwundung zieht nach sich die Strafe des einfachen Kerkers von einem bis zu fünf Jahren (§ 160 Str. G.), verjährt in fünf Jahren (§ 228 Abs. *b* Str. G.), nun also während dieser fünf Jahre darf ich meinen Freund nicht aufnehmen, denn im entgegengesetzten Falle begehe ich das Verbrechen nach § 214 Str. G. — das mit schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren geahndet ist.

Es ist ziemlich schwer, die Frage als durch den Kassationshof richtig gelöst zu betrachten.

B. Die Literatur der Frage wird durch Finger, Janka, Lammasch in Lehrbüchern, Herbst und Frühwald in ihren Kommentaren zum Strafgesetz vom Jahre 1852, Geyer in seinen „Erörterungen", Jenull im Kommentar zum Strafgesetz vom Jahre 1803 vertreten.

Finger (1. Aufl., Bd. I, S. 221; 2. Aufl., S. 278) interpretiert diese Vorschrift, indem er mit Nachdruck die Bezeichnung „bekannte Verbrecher" (sonst richtig) hervorhebt. Seines Erachtens sind es „Individuen, die eine strafbare Handlung begangen, die Strafe wegen derselben aber noch nicht verbüßt haben". Diese Interpretation führt jedoch erstens kein neues Element („Täter" aus dem 1. Absatz, „Verbrecher" aus dem 2. sind auch Individuen, welche ein Verbrechen begangen und die Strafe wegen desselben noch nicht verbüßt haben), zweitens gibt uns keinen Aufschluß über die Frage der Strafbarkeit: das Rätsel des höheren Strafsatzes bleibt nicht gelöst.

Janka (2. Aufl., S. 353; 4. Aufl., S. 332) spricht viel zutreffender seine Ansicht aus, daß das Gesetz im 3. und 4. Falle die Strafbarkeit auf jene Personen ausdehnt, welche erst in der Zukunft ein Verbrechen begehen sollen. „Das Gesetz bezieht jedoch die betreffenden Strafbestimmungen auch auf die Fälle, in welchen Unterschleif und Unterstützung künftigen Verbrechern vor verübter Tat gewährt werden, selbstverständlich auch hier unter der Voraussetzung, daß dieselben nicht als Teilnahme an dem geplanten Verbrechen zu strafen sind."

Trotzdem ist die Konstruktion schwer anzuwenden: der Schuldige verbirgt künftige Verbrecher, d. h. solche Personen, die ein Verbrechen verüben sollen, aber das Verbergen soll derart stattfinden, daß es nicht unter den Begriff der Teilnahme fällt. Dazu ist es wiederum nötig, daß der Verbergende über das zu verübende Verbrechen nicht informiert sei, weil im entgegengesetzten Fall der § 5 (auf was immer für eine Art Vorschub gegeben) Anwendung finden wird. Der Unterschleif, die Erleichterung der Zusammenkünfte können zweifelsohne als Hilfeleistung angesehen werden. Der Schuldige soll aber nichts davon wissen, daß ein Verbrechen begangen werden soll, wie kann er also bestraft werden, vielleicht für die Tatsache allein, daß bei ihm Leute übernachtet haben, die am nächsten Morgen sich eines Verbrechens schuldig gemacht haben? In einem solchen Falle wäre der Beruf eines Hoteliers einer der gefährlichsten: nie wäre der Konflikt mit dem § 214 Str. G. zu vermeiden.

Es ist noch eine Alternative möglich: der Schuldige weiß nicht, was für ein Verbrechen verübt werden soll, vermutet jedoch, daß die Betreffenden die Absicht haben, eine noch unbestimmte, aber verbotene Handlung zu begehen. Nun fragen wir: auf welcher Grundlage soll diese Vermutung eines Hoteliers basieren? Darauf bleibt uns Janka die Antwort schuldig. Bildet diese Grundlage die Tatsache, daß einige Personen ein geheimnisvolles Gespräch führen, oder ihre romantischen Kostüme oder vielleicht Besitz von Waffen? Jedenfalls ist für willkürliche Beurteilung eines jeden Falles freie Bahn gelassen.

Anderseits widerspricht diese Interpretation den Prinzipien einer grammatischen Auslegung. Das Gesetz sagt nicht: „künftigen", sondern „bekannten" Verbrechern, d. h. es verlangt, daß die Be-

treffenden schon im Moment des Unterschleifes oder der Zusammenkunft Verbrecher sind, es handelt sich nicht um die Zukunft sondern um die Vergangenheit dieser Leute. Nach Janka wäre ein Verbrechen nach § 214 Str. G. durch denjenigen begangen, welcher den noch nicht vorbestraften Personen in der Nacht Unterschleif gegeben, wenn dieselben am nächsten Morgen irgend ein Verbrechen verübt haben.

Wenn wir auch die Interpretation des Janka als richtig anerkennen sollten, so bleibt uns unverständlich, warum ein wissentliches Verbergen eines Mörders von der nachforschenden Obrigkeit milder bestraft werden soll, als Gewährung des Nachtlagers einem Menschen, bezüglich dessen bloß vermutet wird, daß er im nächsten Walde eine Fichte stehlen wird.

Lammasch (2. Aufl., S. 39) spricht sich kurz aus: „Über den Sinn des Ausdruckes „Verbrecher" in dieser Gesetzesstelle, vgl. § 1314 Allg. B. G. B."

Leider gibt uns dieser § 1314 keinen genügenden Aufschluß, er lautet:

„Wenn jemand ... einem bekannten Verbrecher Aufenthalt gibt, so haftet er dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Beschaffenheit dieser Personen verursachten Schadens."[1])

---

[1]) Auch die zivilistische Literatur ist bezüglich dieser Stelle nicht einig: Zeiller, Kommentar III, S. 2, 743 äußert sich:

Einem bekannten Verbrecher Aufenthalt zu geben, ist eine Handlung, welche mit Grund besorgen läßt, daß der Verbrecher durch die nämlichen Verbrechen oder bei der Geneigtheit des bösen Willens durch andere widerrechtliche Handlungen den Hausgenossen, die mittels der Aufenthaltsverstattung mit ihm in nähere Verhältnisse kommen, Schaden verursachen werde.

Ellinger, Handbuch, 5. Aufl., S. 495, spricht sich aus: „Bekannten Verbrecher," worunter insbesondere auch solche verstanden werden dürften, die schon mehrmals ihrer Verbrechen wegen abgestraft wurden. Denn die ausgestandene Strafe befreit nicht von allen nachteiligen Folgen (§ 592 usw.) und nur der ist wohl meistenteils als Verbrecher bekannt, der bereits zur Strafe gezogen wurde.

Stubenrauch, VII, Bd. II, S. 632, behauptet: Hierunter kann nur eine solche Person verstanden werden, welche dem Aufenthaltsgeber als Verbrecher bekannt ist (von der er weiß, daß sie ein Verbrechen begangen habe), keineswegs wird aber vorausgesetzt werden müssen, daß sie überhaupt

Herbst (7. Aufl., I, S. 460) befaßt sich nur mit den Zusammenkünften bekannter Verbrecher", indem er die Ansicht ausspricht, daß diese Form öfter den künftigen Verbrechen gegenüber, die erst begangen werden sollen, Anwendung findet. Es wird jedoch der andere Fall, daß die Zusammenkünfte durch Personen gehalten werden, welche ein Verbrechen begangen haben und keine Absicht haben, weitere zu begehen, — nicht ausgeschlossen. Herbst stellt eine höhere Strafbarkeit des 3. und 4. Falles fest, ohne in Beweggründe des Gesetzes einzugehen.

Nach Frühwald (Handb. S. 46 bis 47) bezieht sich der Unterschleif auf Personen, die eine strafbare Handlung verübt haben (bekannten Tätern), Zusammenkünfte dafür auch auf Personen, die in der Zukunft Verbrechen begehen sollen. Sonst derselbe Standpunkt wie bei Herbst.

---

als ein Verbrecher bekannt, daß sie ein notorischer Verbrecher sei, denn solche Personen werden nicht leicht dem Arme der Gerechtigkeit entgehen, es würde sich also die Anwendbarkeit des Gesetzes bei dieser Auslegung als eine sehr beschränkte darstellen. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob die fragliche Person des von ihr begangenen Verbrechens bereits schuldig erkannt wurde oder nicht, wohl aber darf ihre Strafbarkeit nicht schon aus irgend einem gesetzlichen Grunde (durch die ausgestandene Strafe, durch Nachsicht, Verjährung usw.) erloschen sein.

Polemisiert mit Ellinger: Allein erscheint nicht angenommen werden zu können, daß das Gesetz den entlassenen Sträflingen die Erlangung einer Unterkunft auf eine solche Weise erschweren wollte, daß sie beinahe mit Notwendigkeit wieder auf die Bahn der Verbrechen getrieben würden. Worin sollte auch hier das Verschulden des Aufenthaltgebers liegen, da kein Gesetz verbietet, Personen, die ihre Strafe ausgestanden haben, bei sich aufzunehmen.

Nach Krainz (3. Aufl., II. Bd., S. 335): „Bekannter Verbrecher," das soll besagen, daß er dem Aufenthaltsgeber als Verbrecher bekannt sein müsse. Gleichgiltig aber ist, ob er des Verbrechens bereits schuldig erkannt wurde oder nicht; ist aber die Strafbarkeit bereits erloschen (durch Bestrafung, Verjährung usw.), dann erscheint er vor dem Gesetz nicht mehr als Verbrecher.

Wie wir sehen, nach Zeiller ist jemand „bekannter Verbrecher", der „einen bösen Willen hat" und mehrere Verbrechen begangen hat. Welche Verbrechen aber, und ob er die Strafe dafür abgebüßt hat, wird nicht angegeben.

Nach Ellinger muß er schon mehrmals wegen Verbrechen vorbestraft sein. Nach Stubenrauch und Krainz muß der Aufenthaltsgeber wissen, daß der Gast ein Verbrechen begangen hat, soll aber die Strafe dafür nicht abgebüßt haben, braucht auch nicht ein notorischer Verbrecher zu sein.

Geyer (Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen 1862, S. 201) berührt nur die Frage der Zusammenkünfte[1]) und verschweigt dabei vollkommen den Umstand der höheren Strafbarkeit des 3. und 4. Falles.

Jenull, Kommentator des Strafgesetzes vom Jahre 1803, gibt als Begründung der höheren Strafe den Umstand an, daß im 3. und 4. Falle die Begünstigung auf eine größere Anzahl von Verbrechern sich bezieht.[2]) Jenull hat es außer acht gelassen, daß auch der 1. und 2. Abzatz des § 193 (des heutigen § 214) sich auf größere Anzahl von Personen beziehen kann: wenn ich vor der nachforschenden Obrigkeit Spuren von fünf Tätern verheimliche, so kann diese Anzahl als ein erschwerender Umstand bei dem Ausmaße der Strafe in die Wage fallen, jedoch immer nur innerhalb des ordentlichen Strafrahmens (des Gefängnisses bis zu einem Jahre, beziehungsweise bis zu drei Jahren nach dem Gesetz vom Jahre 1803), es wird aber nie die Strafe aus dem 2. Absatz (schwerer Kerker bis zu fünf Jahren) ausgemessen. Nicht das Moment der Zahl der Personen, welche Objekt der Vorschubleistung bilden, sondern der Unterschied der Handlung selbst — gibt hier sichtlich den Ausschlag.

C. Die geschichtliche Auslegung. Wenn wir die Lösung unseres Problemes finden wollen, so müssen wir weiter zurückgreifen, indem wir in den österreichischen Gesetzen des XVIII. Jahrhunderts nach den Quellen des heutigen § 214 suchen.

Das westgalizische Gesetz vom Jahre 1796 enthält im § 205 (I. T.) die einschlagenden Vorschriften in einer stilistisch fast identischen Form („verwehren" anstatt „hindern").

---

[1]) Wer die Zusammenkünfte von Verbrechern nach verübtem Verbrechen begünstigt, wird dadurch entweder die Straflosigkeit derselben zu befördern suchen, wenn die Verbrecher dabei z. B. Verabredungen über ihre Flucht oder über Verheimlichung von Anzeigen u. dgl. treffen wollen, oder er wird zur Fortdauer des durch das Verbrechen entstandenen Schadens beitragen, wenn sie z. B. über die Verteilung, Verbergung, Verwendung der gemachten Beute beraten. Um irgend einen solchen, mit dem Verbrechen in Zusammenhang stehenden Zweck der Zusammenkünfte muß der Begünstiger wissen, sonst wird man ihn in diesem Fall nicht nach § 214 strafen können.

[2]) Der Grund der erhöhten Strafbarkeit in den zwei letzteren Fällen liegt in der größeren Gefährlichkeit derselben, da sich in diesen der sträfliche Vorschub auf Mehrere ausdehnt. (Das österr. Kriminalrecht, 1809, I, S. 399.)

Ein Licht wird auf unsere Frage durch das Josefinische Gesetzbuch von 1787, I. T., § 81[1]) geworfen.

Das Gesetz unterscheidet drei Verbrechertypen: 1. Gebrandmarkte, 2. aus dem Gefängnisse oder Strafe Entlassenen, 3. sonst als Kriminalverbrecher Bekannte.

Angesichts dieser Zusammenstellung: „Entflohene" — „Gebrandmarkte" ist vorauszusetzen, daß das Gesetz unter dem Gebrandmarkten einen schweren Verbrecher versteht, der die Strafe schon verbüßt hat, als Kriminalverbrecher ist sowohl derjenige, der die Strafe abgebüßt hat, sowie auch derjenige, der die Strafe verdient. Verboten ist jedoch nicht nur die Verhehlung, sondern auch Unterschleif einem Kriminalverbrecher gegenüber. Ratio legis ist meines Erachtens in den Worten: „Wenn er gleich dadurch zur Fortsetzung des Verbrechens nicht beyträgt." Es handelt sich einfach um Gewährung eines Asyls für schwere Verbrecher, einer Basis zur weiteren verbrecherischen Tätigkeit derselben. Dieser Gebrandmarkte oder Kriminalverbrecher soll außerhalb der Gesellschaft leben, jede demselben durch Gewährung eines Aufenthaltes geleistete Hilfe bildet ein Verbrechen. Einen Beweis, daß das Gesetz diese Grundlage zu verbrecherischen Operationen im Auge hat, liefert der § 85 (Analogie des unseren § 216): für den Ehegenossen und Verwandte wird eine niedrigere Strafe für dieses Verbrechen vorgeschrieben, immer jedoch „unter dem ausdrücklichen Bedingnisse, daß der Verbrecher in jedem Falle zur Ausübung oder Fortsetzung des Verbrechens von seiner Seite nicht das geringste beigetragen habe".

Selbst der Familie also ist es nicht gestattet, den Verbrecher gastfreundlich aufzunehmen („einem solchen auch nur einen zeitlichen, obschon nicht geheimen Aufenthalt geben"), nämlich deswegen, weil befürchtet wird, daß der Verbrecher seine verbrecherische Tätigkeit fortsetzen wird. Die Strafe für Unterschleif wird

---

[1]) Wer einen sichtbar Gebrandmarkten, einen aus dem Gefängnisse oder Strafe Entflohenen, oder sonst einen ihm als Kriminalverbrecher Bekannten wissentlich in seiner Wohnung verbirgt, oder einem solchen einen zeitlichen, obschon nicht geheimen Aufenthalt gibt, ist der Verhehlung der Verbrecher schuldig, wenn er gleich dadurch zur Fortsetzung des Verbrechens nicht beiträgt, folglich ihm eine mehrere Teilnehmung an dem Verbrechen nicht zur Last liegt.

je nach der Gefährlichkeit dieses gemeinsamen Feindes ausgemessen.[1])

Der Verbrecher tritt hier vor uns nicht als „Täter", der ein größeres oder kleineres Verbrechen sich zu schulden kommen ließ, sondern als ein antisoziales Individuum, als ein hostis generis humani, als ein gefährliches, schädliches Tier, das aufzunehmen nicht straflos bleiben kann, das außerhalb der Gesellschaft leben muß.

Wenn dieser Gedanke schon im Josefinischen Gesetze klar zum Vorschein kommt, desto präziser erscheint er in dem ungefähr 20 Jahre früher veröffentlichten Gesetze — in der Theresiana.

Der Art. 102 trägt den Titel: „Von Verbrechern und Aufhaltgebern, lasterhafter und verdächtiger Leuten, (lateinische Inschrift lautet: de receptatoribus facinorosorum). Schon im Titel wird der Hauptgedanke des Artikels ausgesprochen: es handelt sich nicht bloß um Personen, die ein Verbrechen begangen, die Strafe nicht abgebüßt und vor der Obrigkeit sich verbergen, sondern auch um diejenigen Personen, welche imstande sind, in der Zukunft ein Verbrechen zu begehen. (Vgl. Art. 70, der unserem § 93 entspricht und Personen, die ein Verbrechen begangen haben: als „kundbare Übeltäter, wissentliche Mittetäter, notorii malefici" bezeichnet.)

Der § 1 dieses Artikels spricht diesen Gedanken ganz unzweideutig aus:

Durch die Heelere und Unterschleifgebere aber werden hier eigentlich diejenigen verstanden, die zu Bewerkstelligung der Uebelthat selbst keine Beyhülff leisten, sondern nur lasterhafte und verdächtige Leute mit — oder ohne habende Wissenschaft ihrer entweder schon verübten oder verüben wollenden Uebelthat bey sich aufhalten, beherbergen und Unterstand geben.

Wir zitieren den Rest dieses Paragraphen nicht, da es andere Fälle der Vorschubleistung (Verbergung des Verbrechers vor der Strafe, der Früchte des Verbrechens usw.) enthält.

Ungemein plastisch tritt diese Vorschrift in der Beleuchtung des § 3 desselben Artikels hervor, es wird dort die ratio legis angegeben:

---

[1]) Die Strafe der Verheblung der Verbrecher ist, nachdem der verhehlte Verbrecher gefährlicher und gemeinschädlicher ist, zeitliches oder anhaltendes gelinderes oder härteres Gefängnis und öffentliche Arbeit.

„Es ist demnach hierorts die Rede lediglich von eigentlichen Verheelern und Unterschleifgebern. Und zumalen außer Zweifel ist, daß das Diebs-Rauber und andere lasterhaftes Gesindel, und Bösewichte ihre Unthaten desto freyer und kecker unternehmen, und vollbringen, wenn sie heimliche Schlupfwinkel finden, wo ihnen Herberg und Unterstand verstattet wird, und wo sie sodann vor der gerechten Verfolgung versteckt und sicher bleiben, ... sofort von dortaus zu neuen Unthaten desto füglicher wider auslauffen mögen, so erheischt die allgemeine Sicherheit, daß gegen die gefährliche Verheelere und Aufhaltgebere lasterhafter und verdächtiger Leuten ebenfalls landgerichtlich mit aller Schärfe verfahren werde, und dieses umsomehr, als wir bereits oben Art. 28 §§ 3 bis 7 (um böse Leute von ihren Lastervorhaben desto eindrucksamer abzuschrecken oder allenfalls dieselbe desto geschwinder zur erspieglenden Straffe zu bringen) gerechtest geordnet haben, daß selbst die gerichtliche Angebung der wissentlichen, entweder schon verübt oder bevorstehenden Missethaten Jedermänniglich als eine strenge Schuldigkeit obliege, und deren Unterlassung gemessen zu bestrafen seye. Uebrigens bleibt auch dieses richtig, daß aus der gefährlichen Verheel- und Unterschleifgebung lasterhafter Personen auch eine starke Vermuthung der Mitwirkung zur begangenen Missethat entstehe."

Es ist selbstverständlich, daß Theresiana nicht die Verbergung der Verbrecher vor der Obrigkeit im Auge hat, sondern diese breite Operationsbasis, welche den „bösen Leuten", „lasterhaften Personen", Bösewichten usw. dadurch geliefert wird, daß man ihnen ein Haus, eine Herberge usw. zur Verfügung stellt. Die können von diesem Asyl aus neue Verbrechen begehen. Unzweifelhaft bezieht sich das Gesetz auf diese Klasse von Leuten, die man als gewohnheitsmäßige Verbrecher zu bezeichnen pflegt. Wer ihnen Unterstand gibt, wirkt zum Schaden der Gesellschaft.

Die Strafen, welche Theresiana für solche Unterschleifgebung vorschreibt (Art. 102 § 4) sind schwer: zwar wird dem Strafrichter diskretionäre Gewalt gelassen, aber er hat das Recht, selbst qualifizierte Todesstrafe auszusprechen.

Zur vollständigen Aufklärung der Frage tragen die im § 6 angeführten Milderungsgründe nicht wenig bei:

1. „Wenn der Aufhaltgeber zwar einen entwelchen Verdacht gegen die beherbergte Person schöpfen können, jedoch von dessen bösen Handlungen nichts eigentliches gewußt."

Schon Aufnahme „verdächtiger Personen" im strengsten Sinne des Wortes, d. h. selbst derjenigen, bezüglich welcher weder Vorbestrafung, noch Kenntnis ihrer schlechten Taten vorliegt, ist strafbar.

3. „Wenn jemand zwar unerlaubt und wider die Polizeyordnung fremden Personen ohne obrigkeitlichen Vorbewußt den Unterstand bewilliget, jedoch nicht gewußt hätte, daß die Gäste Böswichte ... seyen."

Die Schuld des Aufnehmenden besteht hier nicht in wissentlicher Aufnahme der Bösewichte, sondern der verdächtigen Personen, einer jeden fremden Person, von deren Aufenthalt die Behörde nicht weiß, die bei der Behörde nicht gemeldet worden ist.[1])

---

[1]) Denselben Einfluß, welchen die CC. Th. auf weitere Entwicklung des Begriffes „bekannter Verbrecher" ausgeübt, hat der Cod. Theresianus auf die Entwicklung desselben Begriffes innerhalb des Privatrechts.

Kap. XXII, § V, S. 26 desselben lautet (Harrasowsky, Cod. Ther. III, S. 384):

Dahingegen, wo derselbe ... auch böse und Anderen zu schaden gewohnte Leute in seinen Diensten oder sonst bei sich wissentlich aufhielte ... wird er aus sothaner für ein Verbrechen geachteten Handlung dem Beschädigten zum vollständigen Ersatz des Schadens verbindlich ...

Im Entwurfe Hortens (ebd. IV, I, S. 518), III. T., XXIII, § 1:

Die Verbindlichkeit aus einem Verbrechen erstreckt sich nicht über die Person des Verbrechers ... außer wenn sonst eine von dem im ersten Kapitel § 9 berührten Ursachen vorhanden ist.

§ 9 lautet:

Aus der Handlung eines anderen kann weder jemand verbindlich gemacht, noch ... außer, wenn er sich zu seinen Verrichtungen wissentlich böser Leute bedienet.

Im folgenden Entwurf (ebd. V, S. 217) XIV, § 14:

Obschon weder Haus- noch Dienstherrn den Schaden, welchen ihre Hausgenossen oder Dienstleute jemandem zufügen, zu ersetzen schuldig sind, so muß doch derjenige, welcher bekannten Verbrechern einen Aufenthalt gestattet ... für den im Hause von solchen Leuten verursachten Feuer- oder anderen Schaden verantwortlich sein.

West-galiz. G. B. § 475: Haus- und Dienstherren sind in der Regel nicht verbunden, den von ihren Hausgenossen ... verursachten Schaden zu ersetzen. Wenn sie aber einem bekannten Verbrecher Aufenthalt geben, haften sie für allen durch solche Leute entstandenen Schaden.

Darauf schließen wir die Übersicht der Quellen des österreichischen Strafrechts, und da wir für diese Bestimmungen einen breiteren Grund gewinnen wollen, so müssen wir das vergleichende Strafrecht in Erwägung nehmen. Es wird sich zeigen, daß die Vorschriften der Theresiana keinen Ausfluß der gesetzgeberischen Laune, keine kurze Episode in der Entwicklung bilden, sondern ein Phänomen der strafrechtlichen Evolution.

Wir brauchen nicht zu weit zu schreiten, nicht bis zu jener Epoche hinübergreifen, in welcher ein jeder Verbrecher, da er die göttliche und menschliche Ordnung verletzt, ipso facto rechtlos, zum „Wolfe" (vargus) wird, den straflos zu töten gestattet, mit dem zu verkehren verboten wird (namentlich unter Strafe der Rechtlosigkeit).

Es reicht aus, entweder eine der Theresiana, dem Entwicklungsgrade nach, entsprechende Epoche des späteren römischen Rechts, das sonst nach der Rezeption ihren Einfluß auf das deutsche Recht ausgeübt hat oder die späteren Quellen des deutschen Rechts, welche auch der Theresiana zum Vorbilde gedient haben, zu berücksichtigen.

I. Das römische Recht.

Sacratio capitis der theokratischen Epoche, welche in der Rechtlosigkeit der Verbrecher, verbunden mit der Opferung derselben an die beleidigte Gottheit (sacer esto) gipfelt, verschwindet mit der Zeit und an ihre Stelle tritt die Rechtlosigkeit des gemeinen Rechts, an die Stelle der sacratio capitis tritt aquae et ignis interdictio[1]) und proscriptio. Der Rechtlose darf straflos getötet werden.[2])

Die Mörder der Personen, welcher durch den Senat für Feinde des Staates anerkannt worden sind, haben sogar Lohn erhalten und Lex Corn. de sicar. befreit dieselben ausdrücklich von jeder Strafe.[3])

---

[1]) Aquae et ignis interdictio ist teils Strafe (Cornelianische und Julische Gesetze, Rein, S. 915), teils eine politische Maßregel, um dem vor der Strafe Entflohenen den Rückweg zu verhindern (Rein, S. 479).

[2]) Rein, S. 137; Mommsen, Röm. Str. R. S. 72.

[3]) Rein ebd. Interdictio bezieht sich anfänglich auf Fremdlinge, die für Feinde anerkannt worden sind. (Mommsen, Röm. Str. R. S. 82).

Die Rechtlosigkeit hat nicht nur in Fällen eines formellen Erkenntnisses stattgefunden, sie war auch unmittelbare Folge (ipso facto) einer strafbaren Handlung. Nicht nur proscripti, sondern auch Feinde und Deserteure dürfen straflos getötet werden.[1])

Rechtlose dürfen auch nicht aufgenommen werden (recipere). Wer einen Rechtlosen aufnimmt, unterliegt auch der Rechtlosigkeit und (anfänglich) auch der Volksrache.[2]) Es war nicht gestattet aufzunehmen: proscriptum, desertorem[3]) fliehenden Feind,[4]) einen Sklaven, der seinen Herrn ermordet hat und endlich latrones.

Es liegt nahe, zu vermuten, daß latrones zur Kategorie derjenigen Personen gehören, die faktisch rechtlos, öffentliche Feinde sind.

Latrones sind bewaffnete, in Rotten umherziehende Räuber, die sich nur politisch vom Feinde (hostis) unterscheiden.[5]) (Ein als latro Gefangener ist kein Kriegsgefangener.)

Latrones sind gewerbsmäßige Verbrecher, deren Gewerbe in Diebstahl und Räubereien besteht, treten jedoch auch vor dem Morde (homicidium)[6]) beziehungsweise Brandstiftung nicht zurück, erscheinen meistens in Verbindungen.[7])

Nicht derjenige ist latro, der ein Verbrechen begangen hat, und die Strafe noch nicht abgebüßt, sondern derjenige, der mit seiner Lebensweise den Beweis liefert, daß Räubereien sein Element bilden, sollte er noch kein größeres Verbrechen sich zu Schulden kommen lassen.

---

[1]) Transfugas licet ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere (l. 3, § 36 D. ad. l. Corn. 48, 8).

[2]) Vgl. publicatio bonorum, exilium, mors. Mommsen, S. 936, Note 1.

[3]) Rein, S. 138.

[4]) Ebd. S. 351.

[5]) Vgl. Mommsen, Röm. Str. R. S. 629, Nr. 4; vgl. sonst Ulp. l. 24, D. de capt. 49, 15. Hostes sunt, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipsi Populo Romano, ceteri latrunculi vel praedones apellantur. Ähnlich Pomponius 118, de verb. sign. 50, 16, ceteri latrones aut praedones sunt.

[6]) l. 28, § 15, D. de poen. 48, 19.

[7]) l. 11, § 2, D. de poen. 48, 19 zitiert latrones als Beispiel derjenigen, die schon durch den Vorsatz allein, der aus der Tatsache ihrer Verbindung hervorleuchtet, strafbar werden: proposito delinquunt latrones, qui factionem habent.

Latro est etiam, antequam manus inquinet, quia ad occidendum jam armatus est et habet spoliandi atque interficiendi voluntatem. Exercetur et aperitur opere nequitia, non incipit. (Sen. de ben. V, 14.)

Latrones heißen auch je nach Spezialität — grassatores, wenn sie öffentliche Straßen unsicher machen,[1]) oder abigei als Diebe des weidenden Viehes.[2])

In welchem Grade dem römischen Recht der Begriff des gewerbsmäßigen Verbrechens geläufig ist, liefern den besten Beweis: inzidentale Bemerkungen und Äußerungen der Quellen, so äußern sie sich z. B. von einem Sohn, daß er die Tötung seines Vaters veranlaßt hat und bedienen sich des folgenden Ausdruckes: ut latronibus aggressoribusque daretur, qui patrem interficerent. (l. 7. D. de leg. Pomp. 48. 9.)

Wir haben schon oben die Ansicht ausgesprochen, daß latrones einfach rechtlos waren. Es scheint darauf auch eine spätere Quelle (aus den Zeiten des Arkadius, Honorius und Theodosius) hinzuweisen, welche die latrones mit den desertores zusammenstellt, mit welchen sie oft identisch sind[3]) und im Namen der gesellschaftlichen Rache das Recht der Tötung von Bösewichten ausspricht, die bei der Verhaftung Widerstand leisten.[4])

Berühmte Bösewichte werden zur öffentlichen Abschreckung dort, wo sie hauptsächlich strafbare Handlungen begangen haben, aufgehängt.[5])

---

[1]) l, 28, § 10, D. de poen. 48, 19: Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur, et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt (d. h. sine ferro) ceteri in metallum dantur vel in insulas deportantur

[2]) Ulp. l. 1, § 1, D. de abig. 47, 14 qui pecora ex pascuis vel ex armentis subtrahunt, et quodammodo depraedantur et abigendi studium quasi artem exercent equos de gregibus vel boves de armentis abducentes.

[3]) Der lateinische latro rührt vom griechischen λάτρις (Söldner) her, vgl. Varro, 7, 52, bei Mommsen Röm. Str. R. S. 629, Note 4).

[4]) Opprimendorum desertorum facultatem provincialibus jure permittimus, qui si resistere ausi fuerint, in his velox ubique iubemus esse supplicium. Cuncti etenim adversus latrones publicos desertoresque militiae ius sibi sciant pro quiete communi exercendae publicae ultionis indultum. (l. 2. C. III, p. 27.)

[5]) Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus,

So wie der Begriff des gewerbsmäßigen Verbrechertums im römischen Recht klargestellt ist, so ist die Frage der Beherbergung der Bösewichte sehr unklar. Diese Tatsache ist darauf zurückzuführen, daß neben der Aufnehmung der Rechtlosen (die Strafbarkeit ist durch Zusammenleben mit dem gesellschaftlichen Feinde und durch freundliches Entgegenkommen demselben gegenüber begründet), auch Aufnehmung der Täter einer strafbaren Handlung nach ihrer Verübung und wie es scheint nach Übereinkunft erwähnt wird (eine Gastfreundschaft, welche als Teilnahme am Verbrechen, als Beihilfe zu behandeln ist). Die allgemeine Maxime, daß die Strafe für solche nach Begehung des Verbrechens geleistete Hilfe der Strafe für das Verbrechen selbst gleich sein soll, mußte auch bezüglich der receptatores stattfinden, und dies destomehr, weil sie nach römischem Rechte eine zweite Gruppe von gewerbsmäßigen Verbrechern gebildet haben — nämlich die der Hehler.[1])

Paullus erachtet sehr richtig (vom kriminalpolitischen Standpunkt aus) als eine Bedingung der Vertilgung der Bösewichte, die Vertilgung ihrer Helfer — receptatores.[2])

Diejenigen, welche die Viehdiebe aufnehmen (receptatores abigeorum), sollen mit einer absolut bestimmten Strafe der zehnjährigen Verbannung bestraft werden. (l. 3. 13. D. abig. 47. 14.)

In allen diesen Fällen haben wir mit dem Begriff der gewerbsmäßigen Hehler (receptatores, receptores) zu tun, welche das römische Recht wegen einer Vereinbarung mit den Verbrechern in Verdacht hält und als Helfer bestraft. Dafür kennt das römische Recht eine andere Formel, in welcher der Ausdruck receptores fehlt, dafür ein anderer vorhanden ist: „latrones quisquis sciens susceperit".

In diesem Fall ist die Strafe der Person, welche den Verbrecher mit dem Bewußtsein, mit wem sie zu tun hat, aufnimmt,

---

et solatio sit cognatis et affinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent. (l. 28, § 15, D. de poen. 48, 19.)

[1]) Pessimum genus est receptatorum, sine quibus latere nemo diu potest ... et praecipitur ut perinde puniantur atque latrones. (l. 1, D. de receptat. XLVII. tit. XVI.)

[2]) Receptatores agressorum itemque latronum eadem poena afficiuntur qua ipsi latrones, sublatis enim susceptoribus grassantium cupido conquiescit. (V, 3, 14.)

obgleich sie kein gewerbsmäßiger Verbrecher ist, prinzipiell niedriger, als die Strafe, welche dem Bösewicht zuteil wird.[1])

Wir haben hier mit einem Fall einer rein formalen Übertretung der Vorschrift, daß die latrones nicht aufzunehmen sind, zu tun, der Schuldige bricht dieses Verbot aus irgend welchen Rücksichten, er ist dafür verantwortlich, daß er dem Verbot, einen Rechtlosen aufzunehmen, zuwiderhandelt, anstatt denselben als einen Feind zu behandeln, anzuhalten, der Obrigkeit abzuliefern, im Widerstandsfall zu töten.

Wir begegnen also im römischen Recht zwei Prinzipien bezüglich der Beherbergung gewerbsmäßiger Verbrecher: 1. der gewerbsmäßigen Aufnehmung (receptatio) als einer Art Beihilfe, 2. Beherbergung, welche die Merkmale der Aufnehmung eines Rechtlosen an sich trägt.

Denselben Prinzipien begegnen wir im deutschen Recht: sie sind, wie es scheint, eine allgemeine Erscheinung, die einer gegebenen Kulturstufe entspricht.

II. Das deutsche Recht.

§ 1. Die Rechtlosigkeit infolge der Begehung eines schweren Verbrechens verbleibt im deutschen Recht lange, obgleich in einer veränderten Form.[2]) An die Stelle der faktischen ipso facto eintretenden Rechtlosigkeit tritt eine formale, nämlich einmal als bannitio, proscriptio, die den Charakter einer Strafe an sich trägt, das zweite Mal als forbannitio, bannitio fori, Verfestung, die der

---

[1]) C. Just. IV, p. 39:

De his, qui latrones vel aliis criminibus reos occultaverint.

1. Eos qui secum alieni criminis reos occultando eum eamve sociarunt, par ipsos et reos poena exspectetur. Et latrones quisquis sciens susceperit vel offerre iudiciis supersederit, supplicio corporali aut dispendio facultatum pro qualitate personae et iudicis aestimatione plectetur.

Ähnlich C. Theod. IX, p. 29.

[2]) Es entspricht dies der Evolution des Verbrechens. Das primitive Verbrechen bildet einen Bruch des Friedens (in der theokratischen Epoche — des göttlichen Friedens). Noch im mittelalterlichen Recht wird der Begriff des Verbrechens durch den Ausdruck: Friedbruch bezeichnet. (Göschen, D. Goslarschen Statuten S. 291.) Obgleich der Begriff der Verletzung des Friedens sich auf spezielle Fälle beschränkt: der Begriff des Friedbruchs ist mit „Friede brechen" nicht identisch. (Göschen, ebd. S. 292.)

heutigen öffentlichen Vorladung entspricht: wenn der Täter, durch den Richter (Obrigkeit) vorgeladen, vor dem Gericht nicht erscheint, unterliegt der Rechtlosigkeit auf die Dauer seines Ungehorsams.

Wer den Täter aufnimmt, den Feind des Königs und der Gesellschaft [vgl. infidelis der Franken[1])] der faktisch (durch Begehung des Verbrechens) ein solcher geworden ist, oder formell als rechtlos erklärt worden ist, ist selbst ein Feind des Staates und wird selbst rechtlos. Es ist die reinste Form, der man im nordgermanischen Recht begegnet.[2])

Dafür ist das fränkische Recht in der Durchführung des Prinzips viel gelinder, beschränkt sich auf Anwendung einer Geldstrafe.

Eine starke Basis zur weiteren Entwicklung gewinnt das Verbot der Aufnehmung des Rechtlosen durch eine Reihe der durch deutsche Könige veröffentlichten Landfrieden.

Wir finden dort ausdrückliche Bestimmungen, daß, wer einen Verbannten bei sich aufnimmt, selbst der Verbannung unterliegt.[3])

---

[1]) Cap. Carisiac. 873, c. 1. (Pertz, L. L. I, p. 519.) Lib. Pap. Pipp. (Pertz, IV, p. 521) infidelis est noster et Francorum. (Capit. Aquense 806. Pertz, I, p. 146.)

Nach der Ansicht Brunners, D. R. G. II, S. 65, infidelis bedeutet hier inimicus.

[2]) Vgl. Brunner, D. R. G. II, S. 576.

[3]) Friderici I constit. 1156. (Pertz, LL. II, p. 102.) Si iudex pacis aliquem violatorem ... secutus fuerit ...

... eum de cetero in domo sua tamquam proscriptum non recipiat.

Fridr. II. 31/12 1219 (Pertz, Mon. leg. II, p. 234) quicunque aliquem proscriptum vel banitum postquam suo judice fuerit denuntiatus et interdictus, receperit et conscilium vel adjutorium dederit eandem penam in persona, domo ac rebus aliis pati debet et subire, que ipsi proscripto seu bannito de jure debetur. (Vgl. Landfr. 1230 § 8 ebd. II, S. 267.)

Friderici II constitutio pacis 1235, cap. 13 (Pertz, II, p. 317) De proscriptis. Precipimus et firmiter inhibemus, ne quis proscriptos, manu teneat vel scienter hospicio recipiat; quod si fecerit et de hoc legitime convictus fuerit, tanquam proscriptus puniatur. Rudolfi I constitutio pacis (L. L. 1281, II, p. 127). C. 37. Wirt ... der aehter in des hous funden u. sich der wirt und mach er nicht wereden, daz er enwesset, daz er in der aehte war, so sol man daz hous u. den wirt in die aehte tun.

Rudolfi I Regis Constit. 1287 (L. L. II, p. 451) c. 36. Wir verbieten ouch, daz nieman keinen ahter behalte wizzentliche ... In swelhe stat der ehter kumet da sol man sie nit behalten, noch keinen kouf geben noch virgebene

Bezüglich der provisorischen Rechtlosigkeit (forbannitio, Verfestung)[1] ist das deutsche Recht gelinder, beschränkt sich auf eine Ungehorsamstrafe.[2]

Ahnlich wird die Frage in den Stadtrechten geregelt.[3]

§ 2. Das deutsche Recht kennt neben dem Verbot der Aufnahme der rechtlosen Verbrecher noch ein anderes: den gewerbsmäßigen Verbrechern irgend eine Hilfe zu leisten.

Die fränkischen Quellen bieten eine gewisse Schwierigkeit insofern, daß die in ihnen erwähnten latrones[4]) meistens auch forbanniti sind; die Behörde ladet zum Zweck der Bestrafung den Bösewicht vor sich und erklärt ihn provisorisch rechtlos; wir begegnen aber dabei auch Vorschriften bezüglich der Aufnehmung der gewerbsmäßigen Verbrecher ohne Rücksicht auf die oberwähnte Maßregel.[5]

(vire = Feier, viren = feiern, in ruhe, müßig sein. Lexer MHD. Lex. III, p. 363), geben noch en sol ummin niht koufen noch en sol in nieman schirman, man sol in miden an allen dingen.

Ähnlich die italienischen Statuten (vgl. Kohler, Studien III, S. 265 bis 270) bestrafen den Aufnehmenden mit derselben Strafe, wie den Verbannten, d. h. mit der Rechtlosigkeit, seltener mit der Geldbuße.

1) Nach den Karolingischen Quellen ist bei forbannitio verboten: dem Rechtlosen Speisen zu reichen (interdictio cibi — Nahrungsbann), vgl. Brunner, D. R. G. 465, Nr. 16, 17; ähnlich in der mittelalterlichen Schweiz (weder husen noch houen, weder Essen noch Trinken geben; Blumer, Str. u. R. G. I, S. 401); vgl. sonst Grimm, D. R. A. III, S. 735 sq.

2) Ssp. III, S. 23. Wer einen Rechtlosen (enen vervesten man) aufnimmt, zahlt eine Geldbuße (Gewedde) dem Richter; ähnlich Richtsteig (33, § 6, 41, § 4), das Hamburgische Recht, Kulmer Recht III, S. 145. Wer de huset adir hofet eynen echter (im Sinne der Verfestung). Die Aufnahme des Verfesteten wird als Beleidigung des Gerichtes und nicht des Beschädigten erachtet (John, Str. R. in Nordd. S. 236). Im schlimmsten Falle ist die Aufnahme des Verfesteten mit derjenigen Strafe geahndet, mit welcher der Verbrecher für das durch ihn begangene Verbrechen bestraft werden soll.

3) Vgl. John, S. 237.

4) Die Ausdrücke: latro, latrocinium bezeichnen während des fränkischen Königtums: Diebstahl und Raub und wenigstens eine Verbindung des Diebstahls mit dem Raube (Brunner, D. R. G. II, S. 649); vgl. siquis latronem morte dignum (Cap. ital. 801, c. 4. Pertz, L. L. I, p. 205).

5) Capit. Aquisgr. 809 (L. L. I, p. 155) c. 3—4 und Caroli M. Liber Pap. 47 (ib. I, p. 497) enthalten einen speziellen Titel: de latrone forbannito: si liber homo susceperit, 15. solidos componat et si servus 120 ictus percussionibus vapulet (Expositio zu Lib. Pap. fügt hinzu: Forbannitus latro

Es war gewiß das Treiben der Bösewichte eine große soziale Plage, da wir selbst in den ältesten Quellen denselben begegnen.

Es werden formale Treibjagden gegen sie veranstaltet;[1]) es wird gestattet, bei der Gelegenheit ihres Ergreifens dieselben zu töten, indem die Übung der (sonst als rechtlich[2]) anerkannten) Blutrache aus diesem Anlaß verboten wird.

---

dicitur, qui in foro est bannitus), der in einer veränderten Form in das Convent. Silvac. 853, c. 6 (Pertz, I, p. 424—5) und Liber Pap. Pipp. 41 (Pertz, IV, p. 521) mit den Schlußworten: quasi latro et infidelis judicetur aufgenommen worden ist. Ähnlich Cap. Carisiac. 873, c. 1 (L. L. I, p. 519):

Quando missi vel comites nostri latronem vel aliquem malefactorem vel infidelem nostrum forbannierint, hoc nobis in nostro palatio, et ... scire faciant ... Et qui talem forbannitum receperit, secundum quod constitutum est, in capitularibus avi et patris nostri ... si Francus est, cum duodicim similibus Francis juret, quod ipsum latronem vel forbannitum esse non scisset, licet pater eius sit, aut frater aut propinquus. Si hoc iurare non potuerit, vel ab alio convictus fuerit, quod latronem vel malefactorem, aut infidelem nostrum forbannitum in hospitio suscepisset, sicut ipse forbannitus et ut infidelis indicetur.

Viel allgemeiner behandelt die Frage der latrones et malefactores:

Capit. Paderbrunnense 785 (Pertz, L. L. p. 49) c. 24. De latrònibus et malefactoribus, qui de una comitatu ad alium confugium fecerint, si quis eos receperit in suam potestatem et septem noctes secum detenuerit nisi ad praesentandum, nostrum bannum solvat.

Ähnlich:

Capitulare Aquense A. 806 (Pertz, L. L. I, p. 146) c. 2. De latronibus. Quicumque ... latrone mansionem dedit ... convictus fuerit quod latronem in ospicio suscipisset qualis latro et infidelis judicetur, quia qui latro est et infidelis est noster et Francorum; et qui illum suscipit similis est illi.

[1]) Childeberti II et Chlotharii II Regum pactum (Pertz, L. L. I, p. 7). Id ergo decretum est, ut apud quemcunque post interdictum latrocinius comprobatur vitae incurrat periculum.

Caroli M. Liber Papiensis: 48. Ut comes qui latronem in forbanno miserit, vicinis suis, aliis comitibus notum faciat, eundem latronem a se forbannitum ut illi eum non recipiant (Pertz, L. L. I, p. 497). Vgl. auch 44. De latronibus ita praecipimus observandum ut pro prima culpa non moriatur sed oculum perdet, de secunda vero culpa nasus ipsius capelletur, de tertia vero culpa, si se non emendaverit, moriatur (ib. 494).

In 67 (ib. 500) stellt latrones, malefactores, fures und Expositio predonem, raptorem zusammen — ... ut comites plenam iustitiam de latronibus faciant per eorum ministeria et ut malefactores et fures non patiantur quietos residere, sed semper eos in quantum valent, infestent.

[2]) Capit. Ticinense Leg. 3 (Pertz, I, p. 406). Ubicumque vero sive manentes seu vagantes latrones comprehendere publici muneris administrator

Neben den gewerbsmäßigen Verbrechern begegnen wir ihren unzertrennlichen Genossen, den gewerbsmäßigen Hehlern.[1])

Die mittelalterlichen Konstitutionen helfen sich in diesem Kampfe mit dem gewerbsmäßigen Verbrechen: es werden die gewerbsmäßigen Räuber (praedatores et grassatores) rechtlos erklärt, und mit denselben Folgen wird demjenigen gedroht, der ihnen selbst durch Anbietung von Nahrungsmitteln Hilfe leisten wollte,[2]) wenn der Dieb nicht unter den Begriff des Rechtlosen fällt, so wird jedenfalls seine Beherbergung streng bestraft,[3]) und noch strenger (weil mit der Rechtlosigkeit), wenn der Bösewicht zwar nicht rechtlos, aber infolge des Ungehorsams einer gerichtlichen Vorladung gegenüber infamis geworden ist (vgl. fränkische forbannitio).[4])

Eine der Formen des gewerbsmäßigen Verbrechens bildet die Brandstiftung (selbstverständlich zum Zweck der Plünderung).

Gegen diese verbrecherische Erscheinung richtet sich Constitutio Friderici I et Henrici VI vom Jahre 1187. Naturgemäß

---

voluerit, et ille se defensare conatus fuerit, si inter haec forte eundem latronem occidi contigerit, nulla is qui eum occidit, damnatione multetur, neque ullas inimicias a parentibus sustineat . . .

1) Vgl. Cap. Ticinense Leg. 3, ib. Audivimus quoque, quod quidam domos et possessiones habentes concilient sibi atque consotient latrones aliunde venientes, eosque occulte foveant et solatium dent ad tale facinus perpetrandum ut quicquid ipsi ex pernicioso opere adquiserint, cum eis parciantur. Quod genus malefactorum pessimum iudicamus, quia non solum ipsi mala peragunt sed etiam aliorum opere et officio ad scelera utuntur. Ein solcher Hehler dampnationem legibus praefixam sustineat.

2) Const. pac. Dei (Henr. 4) 1085 (Pertz, II, p. 57): praedatores et grassatores ab hac divina pace et ab omni prorsus excipiuntur.

Si aliquis defensionem reo, arma, victum vel fugam moliri praesumpserit equali penae sicut reus subjacerit.

3) Frid. II. imp. const. 1235 (L. L,. II, p. 317) c. 14. Statuimus itaque ut quicunque scienter emerit rem predatam vel furtivam vel hospes fuerit, id est scienter receptor non proscriptorum predonum aut furum domino cuius res erat solvat in duplum.

4) Frid. II. et Heinr. const. 1230 (L. L. II, p. 268) c. 13. Quicumque predam que reraup et predam que sexauraup et tertium quod sach dicitur commiserit, si flagrante malefitio iudici praesentatus fuerit, capite plectetur; si autem aufugerit et ad iudicium vocatus infra 15 dies non comparuerit ut reus, ut infamis iudicabitur. Si quis autem talium quempiam a iudice postulatum contra jus manutenere et defendere presumpserit . . . . proscribatur (ähnlich 17 bezüglich des proscriptus).

bezieht sich das Verbot der Vorschubleistung auch auf incendiarii.[1])

Das mittelalterliche Stadtrecht umfaßt das gewerbsmäßige Verbrechen mit einem allgemeinen Begriff: latrones[2]) malefactores, schädliche Leute,[3]) Gauner,[4]) Luder,[5]) Landfahrer, beleumdete Leute,[6]) grassatores.[7])

---

[1]) Quicumque incendiarium in domo sua scienter receperit et consilium auxiliumve ei impenderit, dampnum et injuriam. (Pertz, L. L. II, p. 184.)

[2]) Der Ausdruck latrones bezeichnet im Mittelalter das gewerbsmäßige Verbrechertum bis zu diesem Grade, daß er auch die Weinfälscher umfaßt. (Osenbrüggen, Alam. R. 333 f.)

[3]) Dieser Begriff erscheint zum ersten Male in Rudolfi I const., 1281, c. 2: Von schedelichen leuten. Wir setzen auc, swo die Richter schedelich läute begriffen in ir gerihte, daz si di vesten au (ohne) der herren schaden auf der gut si sitzen. (Pertz, L. L. II, p. 127.)

Im alten Bamberger Recht finden wir „schedlichen Mann, der vor Gericht wird braht (Zoepfl, D. a. Bamberger Recht Urkunden S. 148) schedlichen man, er sei rauber, morder, diep, falscher oder prenner oder luder (Lotterbube) (ebd. S. 150 und Text S. 119). Im Augsburger Recht: „schädliche Leute, übelthätige Leute, Uebelthäter, Uebelwerker, Missethäter, unfertige Leute". Es sind Leute, welche mit dem Tode bestraft zu werden pflegen, deswegen im Württemberger Recht „verschult Lüte, denen es an das Leben gat". (Osenbrüggen, Alam. 200.) Das Nürnberger Privileg vom Jahre 1347 gebraucht den Ausdruck: „Rauber und schädliche Leute, die dem Land und Reiche schädlich wären. (Knapp, Das alte Nürnberger Kriminalrecht, S. 165.) Es bildeten die schädlichen Leute eine Art eigner Zunft, es gehörten zu ihnen die Diebshehler, Teufelsbeschwörer, falsche Spieler, Bettler, Landstreicher und Bauernfänger, sowie diejenigen Gauner, welche, wie Wahrsager, Teufelsbeschwörer, falsche Priester und Mönche, Pilgrime aus dem hl. Lande oder aus Rom und Loretto, sich die religiöse Leichtgläubigkeit der Menge zu Nutzen machen. (Vgl. für Augsburg Werner, Gesch. d. Stadt Augsburg 1900, S. 123.)

[4]) Dieser Ausdruck scheint mit dem altgermanischen Ausdruck: Wargangus im Zusammenhang zu stehen. Ob Wargangus mit wargus (Lex Sal., 58) verwandt ist, wie Avé-Lallement, Das deutsche Gaunertum I, S. 39, Note 2, behauptet, ist fraglich, näher scheint die Verwandtschaft zwischen Gauner und dem gotischen Zeitwort „gavargjan" (verurteilen) zu sein. Vgl. Brunner, R. G. I, S. 172.

Vgl. sonst Ed. Rotharis, S. 367. Omnes waregang qui de exteras fines in regni nostri finibus advenerint, seque sub scuto potestatis nostrae subdederint ... sie haben kein Recht über ihr Vermögen zu verfügen. (Pertz, L. L. IV, p. 85.) Vgl. Gloss. Matritense p. 51. (Pertz, L. L. IV, p. 652) envegang = advena.

[5]) Die (im alt-bambergischen Rechte) erwähnten „Luder" sind nichts anderes als die Landzwinger (Lotterbuben, muthwillige Beschädiger Carol. 124),

Schädliche Leute haben, streng genommen, viel Ähnlichkeit mit dem Rechtlosen, selbst mit dem altgermanischen vargus.[1] Es ist bekannt, daß ihr Wehrgeld illusorisch war, ihre Tötung vollkommen straflos, wenn bei Gelegenheit des Fanges stattgefunden.[2] Die schädlichen Leute zu fangen und an die Obrigkeit abzustellen war eine Pflicht des Bürgers. Von Zeit zu Zeit geschieht eine offizielle Treibjagd auf schädliche Leute und nachher ein außerordentliches summarisches Gerichtsverfahren gegen dieselben.[3]

---

die leichtfertig austreten, d. h. ihren Wohnsitz verlassen, und im Lande als Vagabunden herumziehen und ihren Unterhalt sich durch Erpressungen zu verschaffen suchen. (Zoepfl, D. a. Bamb. R. 119.)

[6] Landbuch aus Churwalden. (Osenbrüggen, Alam. R. 177.)

[7] Ebd. 373, 211.

[1] Ottokar II. hat in Böhmen eine Institution der „Rechtspfleger" eingeführt, deren Aufgabe war es, ein Register aller rechtlosen Verbrecher zu führen und dieselben standrechtlich zu verurteilen. (Jirêcek, Slovenske Právo 1872, S. 167 f.)

Zu Zeiten Kasimirs des Großen in Polen hat ein ähnlicher Kriminalrichter „oprawca" ähnliche Gerichtsbarkeit über den publice proscriptus et proclamatus (Abraham, O justycyaryuszach 35, Jahrb. d. Akad. d. Wiss. zu Krakau XIX), über furticinia spolia (näher nicht präzisiert, aber unter der Bedingung des Rückfalles) inhonesta vita, servatio furum (ib. 40), er hat die Aufgabe publicos et proclamatos latrones, spoliatores et fures zu vertilgen (ebd. 47).

Es unterliegen im mittelalterlichen Polen „publici viarum predones seu piratae", „famosi latrones, qui in itineribus insidiantur et spoliant" auch der kirchlichen excommunicatio major (ib. 51).

In Ulm erwirken im Jahre 1360 die Stadtväter die Befugnis, schädliche Leute ohne Zulassung eines Reinigungseides durch Majoritätsbeschluß zum Tode verurteilen zu können. (Veesenmeyer-Baring, Ulmisches Urkundenrecht, S. 572.)

[2] Vgl. Nürnberger Mandat vom Jahre 1723 (Knapp, S. 169 f.), sonst ein altes germanisches Prinzip enthaltend (vgl. Brunner, R. G. II, S. 575).

[3] So z. B. in Österreich in der Babenberger Epoche heißt es: „Frage zu haben auf schädliche Leute" inquisitio terrae generalis. Verurteilung und Bestrafung erfolgte auf Grund der Aussage von sieben Leumundszeugen, daß der Beklagte notorisch ein „schädlicher Mensch" sei. (Huber, Öst. Reichsgeschichte, 2. Aufl., S. 36.)

In Augsburg trieb man alle schlechten Subjekte auf einen Platz zusammen, und jagte sie unter dem Geläute der Glocken und dem Gejohle der Jugend zur Stadt hinaus. Dabei wurde bestimmt, daß sie innerhalb dreier Jahre nicht mehr herein durften; wer wiederkäme, würde auf den Pranger gestellt, durch die Zähne und auf die Stirne gebrannt werden und darauf die doppelte Zeit gebannt sein. (Werner, op. cit. 125 bis 126.)

Das Aufnehmen der schädlichen Leute ist gewöhnlich mit derselben Strafe geahndet, welche die Bösewichte selbst[1]) zu erwarten haben, manchmal mit einer Spezialstrafe (Geldbuße).

Die Carolina, welche die Achse der Entwicklung im XV. und XVI. Jahrhundert bildet, bringt für unsere Frage nichts Bedeutendes, weil die diesbezüglichen Vorschriften (Art. 40 und 177),[2]) weder genug stark betonen, was sie unter „Missetäter" verstehen, noch genug ausdrücklich zwischen der Hilfe vor und nach dem Verbrechen, der vereinbarten und nicht vereinbarten unterscheiden.[3])

Das Ende des XVII. und das XVIII. Jahrhundert bringen eine Neuheit: eine in ganz Mitteleuropa allgemein verbreitete Treibjagd auf Zigeuner. Unter den Zigeunern versteht man nicht ausschließlich Vertreter eines Stammes; es ist ein allgemeiner Begriff, der verbrecherisch in Banden lebende, in Wäldern verborgene Gewohnheitslandstreicher umfaßt.[4])

---

[1]) Freiburger Stadtrecht 1520, p. XCVII, I. Item welcher mörder, dieb, totschleger und ander übelthäter wissentlich uffenhielt oder teyl und gemein mit inen hette old inen zuo ir bösen handlung fürschub gebe, der sol in glicher straff stan wie der recht thäter (Osenbrüggen, Alam. 173). Vgl. Carolina 128: zu solchen leuten thun, da mutwillige beschadiger enthalt, hilff, fürschub und beystandt finden; Hausen und Hofen. Vgl. Wilda, 285.

Im alten Nürnberger Recht werden gleichgestellt: 1. Übelthäter und die, welche einer Missethat und Uebelthat verdacht, verargwohnt und verleumdet; 2. oder solche wissentlich hausen und hofen. Schwsp. 174 schreibt vor: Swer diebe oder morder hoset oder hovet . . . wen sol uber in rihten alse uber jenen. Ähnlich 137: Swer den aehter hoset oder hovet.

In Augsburg gehören die Diebshehler zu schädlichen Leuten. (Werner, a. O. 123.)

Hier gehören auch teilweise die Vorschriften der italienischen Statuten (Kohler, Studien III, S. 260 bis 264), welche das Zusammenwohnen in einem Hause mit einem Häretiker (Parma) Beherbergung eines Friedensbrechers (Vercelli) des inimicus (Ferrara) eines Apostaten (Ivrea) mit strengen Strafen ahnden.

[2]) Gewisse Merkmale des Aufnehmens gewerbsmäßiger Verbrecher enthält Art. 40:

Von genugsamen verdacht der jhenen so raubern oder dieben helffen „geuerlicher weiß etzt oder drenckt" . . . beherbergt, geuerlich fürderung radt oder beistandth thut; vgl. auch CLXXVII: Von Straff der fürderung, hilff u. beistandt der mißthätter; vgl. ebd. CXXVIII.

[3]) Vgl. Gretener, Begünstigung 30 ff. und Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis 129, Nr. 4.

[4]) Das österr. General-Mandat des Ferdinands III. vom 15. Januar 1645 Cod. Austr. II, 533) charakterisiert den durch Umherziehen gewerbsmäßiger

Man liest von Maßregeln „wider die Zigeuner und andres umherstreunendes, vagirendes, loses Gesindlein" (Nürnberger Patent vom Jahre 1721),[1]) von vollständiger Vertilgung „das landverderblichen, zigeunerischen, bannisierten Gesindels" (das österreichische General-Mandat Leopolds I. vom Jahre 1671 und 1688),[2]) von Zigeuner- und Rauber-Gesind (das österreichische Zigeunerpatent vom Jahre 1720),[3]) Zigeuner-, Dieb- und Raub-Gesind (oberennsische Bettlerordnung vom 1. August 1725),[4]) Raub- oder Zigeuner-Rott, Raub- und Zigeuner-Gesind (das österreichische Zigeunerpatent vom 27. September 1725),[5]) Zigeuner und Straßen- oder andere Rauber (15. Januar 1721),[6]) „Zigeuner und anderen gemeinschädlichen Gesindes".[7])

Überall, wo es zum Kampfe mit den sogenannten Zigeunern kommt, werden dieselben Maßregeln angewendet. Vor allem werden sie auf eine mehr oder weniger formale Weise rechtlos erklärt, wir begegnen den Ausdrücken: „bannisiret und vogelfrey" (Cod. Austr. III, S. 996), der Vorschrift, daß Leute dieser Kategorie zu fangen und ohne weitläufigen Prozeß mit dem Tode zu bestrafen sind.

In Preußen gilt das Prinzip: Demnach wir wieder die Spitzbuben und Gau-Diebe, Landstreicher, Zigeuner, starcke Bettler und dergleichen im Lande herum vagirende Diebes-Gesindel bereits

---

Verbrecher verursachten Zustand: Es bilden sich Banden, die dienstlose Schörgen, Freyleute, u. Abdecker o. Wasenmeister auch unter derselben Nahmen außgerissene Soldaten, starcke Bettler u. der gleichen Hauffenweiß zusammen rottiren, in großer Anzahl herumb schweiffen, bey dem armen Mann auff dem Land mit Abnöthigung unerschwinglicher Gaben, Gewalttätigkeiten, Einlauf u. Blünderung der einschichtig gelegenen Häuser auch mit nächtlichen Einbruch Brennen u. Mordthaten höchstbeschwärliche Insolentzen verüben.

1) Vgl. General-Mandat Karls VI. vom 21. März 1721 (C. A. IV, 5): es ist ohne deme Landkundig, was für Straßen-Raubereyen und Landverderbliche Excessen durch das im Land hin- und her streiffende zusammen rottirte Zigeuner-Gesinde bishere verübet worden und wie die sonsten in Hungarn wohnende Zigeuner . . . den Rauben u. Stehlen nachzichen.

2) Knapp, A. Nürnberg Krim.-R. 168.

3) In Codex Austriacus.

4) Ib. III, 996 sq.

5) Ib. IV, 281.

6) Ib. 281.

7) C. A. IV, 1.

scharffe Verordnungen und Edicta als von dem 26. Jul. 1715 und dem 10 Dec. 1720 dahin haben ergehen und publiciren lassen, daß solches Raub- und Diebes-Gesindel aufgesucht in Unsern Landen nicht geduldet, sondern demselben gesteuert und ohne weitläufftigen Proceß abgestrafft werden sollen;[1]) in Österreich bestimmt Leopold am 22. November 1689, daß nach Veröffentlichung des General-Mandats binnen sechs Wochen und drei Tagen ein jedes Mitglied des Zigeunergesindels mit dem Tode zu bestrafen ist,[2]) „ohne Niedersetzung eines unparteiischen Gedings oder Formirung eines Proceß und Urtheils . . .“ „Wo aber über dises genugsambe Indicia und Proben vorhanden, daß sie mit Zauberey, Plindern, Stehlen, Brennen und Morden excediret hätten, gegen denenselben solle Proceß formiret und sie . . . noch schärfer als andere am Leben gestrafft“ . . .

Das allgemeine Prinzip, daß im Falle des Widerstandes bei einer solchen Treibjagd ein Mensch dieser Kategorie straflos zu töten ist, behält seine Geltung.[3])

Um die Landstreicher abzuschrecken, werden Tafeln aufgestellt, welche die Bannisierung derselben veröffentlichen.[4])

Man hat es gut verstanden, daß ein wichtiges Mittel des Kampfes wider das gewerbsmäßige Verbrechen die Bekämpfung der Begünstiger bildet. Ähnlich, wie früher derjenige, welcher schädliche Leute aufnimmt, selbst als schädlicher Mensch gilt, so riskiert jetzt sein Leben,[5]) wer den Zigeunern auf irgend eine Art und

---

[1]) Friedr. Wilhelms Verbessertes Landrecht des Königr. Preußens (Königsberg 1721). PIII. VIB. Tit. VII, art. VII.

[2]) Die Mandate vom 19. Februar 1671 und 29. August 1688 haben nur lebenslänglichen Kerker verhängt.

[3]) Anbey jedem derley Rauber Gesind so sich mit Waffen widersetzet zu tödten erlaubet seyn (C. A. III, 996); vgl. C. A. IV, 4—5.

[4]) Endlich auch zu noch mehrerer Wissenschaft u. Abscheu von den Land-Gerichten, in eines jeden Gezirck, an den Haupt-Straßen Tafeln aufgestellet u. darauf deutlich geschrieben werden solle, daß mehrbenanntes Zigeuner- u. Rauber-Gesind bannisiret u. jedem derley Rauber-Gesind, so sich mit Waffen widersetzet zu tödten erlaubet worden seye. Wornach sich dann ein jeder zu richten u. für Schaden zu hüten wissen wird (österr. Zigeunerpatent z. 1/7 1720 C. A. III, 996—7).

[5]) So in Nürnberg (Knapp, 169); vgl. österr. General-Mandat z. 22. November 1689. Receptatores u. alle die jenige, so diesem schlimmen Gesind quovis demum modo ungebührlichen Auffenthalt u. Unterschlaiff geben wurden, vorgedachter massen mit gleicher Straff unverschont belegt.

Weise Hilfe leistet und dies ohne Rücksicht darauf, ob er es in der Auftreibzeit oder außerhalb derselben tut.[1])

Es ist gleichgiltig, ob die Aufnahme mit der Teilnehmung verbunden, oder selbst ob sie entgeltlich ist, es kommt nur darauf an, daß sie einen Beweis des Ungehorsams den klaren, seit einer Reihe von Jahren wiederholten Verboten gegenüber liefert, mit den Zigeunern freundlich zu verkehren, denselben unzulässigen Auffenthalt, verbottenen Unterschleiff zu bieten.[2])

---

[1]) Karl VI. am 12. August 1722 bestimmt: Uebrigens hat Regierung zu allem Ueberfluß wegen verbottener Receptation des Zigeuner-Gesinds also gleich ein absonderliches Patent zu verfassen u. in solchem wider diejenigen, so denen Zigeunern freywillig quoqunque demum modo zu- oder auch außer der Auftreib-Zeit einen Unterschleif geben, die in dem Generali de Anno 1689 allbereits ausgesetzte Todes-Straffe deutlich zu wiederholen, annebenst solches auf gleiche Art, wie es mit dem Anno 1720 den 1 Julii emanirten Generali gehalten worden, zu männiglichem Wissen publiciren zu lassen . . .

[2]) Karl VI. am 18. August 1722 äußert sich: obgleich seine Vorfahren „wegen gänzlicher Verbannisirung derer in dem Land hin u. wieder streiffenden Zigeuner samt Weib u. Kindern und anderen zusammen rottierten Dieb-, Raub- u. Mörder-Gesinde vielfältig sehr gemessene Mandata" veröffentlicht haben, erfährt mit tiefer Entrüstung, daß verschiedene unsern Unterthanen diesem Lands- verderblichen Zigeuner-Gesinde, sowohl in — als außer der mit besonderer Sorgfältigkeit angeordneten Auftrieb-Zeit, verbottenen Aufenthalt und Unterschleif in ihren Wohnungen zu verstatten sich unterfangen.

Angesichts dessen erinnert an die schon veröffentlichten Normen fügt hinzu: also auch die Receptatores u. alle diejenigen so oftermeldtem höchst schädlichen Zigeuner- und anderen Raub-Gesinde, bey Tag oder bey Nacht heimlich oder oeffentlich, in — oder außer der Auftrieb-Zeit, sie mögen von denen geraubt- und gestohlenen Gütern ichtwas participeret haben oder nicht, oder auch ohne Hofnung eines Gewinns, in ihren Häusern, Scheuern, Hütten, Böden oder anderen zur Verbergung bequemen Oertern, unzulässigen Aufenthalt verstatten, mithin quocunque demum modo, denenselben verbottenen Unterschleif ertheilen, alsogleich in gefängliche Verhaft gezogen und sodann mit dem Schwerdt vom Leben zum Tod hingerichtet werden sollen.

Denselben Prinzipien scheint auch „Neue peinliche Halsgerichtsordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien Joseph I. vom Jahre 1708 zu huldigen, welche sonst zwischen lasterhaften (Art. XIX, § 39) und Zigeunern (§ 46) unterscheidet.

§ 37. Die jenigen welche Lasterhaffte Leute oder auch gestohlene Sache bey sich verbergen und verhölen selbigen wissentlich unterschleiff geben oder hülff leisten, sollen mit eben der Straff beleget werden mit welcher derjenige den sie verborgen zu belegen ist.

Spezielle Vorschriften werden für die Gastwirte veröffentlicht: es ist ihre Pflicht, von jedem verdächtigen Gast zu melden,[1]) es wird überhaupt verboten, Fremde, Unbekannte aufzunehmen:[2]) verdächtige Herbergen, welche eventuell den allgemein bindenden

---

§ 46. Was nun ... von außtilg- und bestraffung der Zügeiner, Landlauffer, Flüchtlingen, Verbannten usw. anlanget, oder was sonsten außer denen allhier gesetzten Straffen in denen gemeinen Kayserlichen gesätzen, Peinlichen Hals-Gerichts Ordnung Carl des Fünfften und anderen unseren Land- und Stadt Gesätzen woselbte durch diese unsere Peinliche u. in vielen gelinderte Gerichts-Ordnung ausdrücklich nicht corrigiret worden ... bey deme solle es allerdings sein verbleibet haben also die allgemeinen, oben angeführten Prinzipien, welche das Mandat vom J. 1722 nur wiederholt.

Verwandt ist das Preußische Allg. Landrecht:

Eben diese Strafe findet statt, wenn Jemand einen dergleichen Mordräuber zu Begünstigung künftiger Räubereien, einen Aufhaltsort verstattet (1226).

Wer Diebe o. Räuber wissentlich beherbergt o. gestohlne Sachen verhehlt muß nicht nur die § 1223 bestimmte Strafe dulden, sondern geht auch des gemißbrauchten Gewerbes verlustig (1230). Vgl. auch Friedrich Wilhelms verbessertes Landrecht: Art. XXII. Von Straffe derer, welche die Missethäter hausen, herbergen und verhelen ... § 1. Wer einen Mörder, Straßen-Räuber, Todtschläger, Dieb oder andere Uebelthäter wissendlich hauset, beherberget, oder unterhält ... der soll, mit Gefängniß, Landes-Verweisung, Vestungs-Bau-Arbeit, oder Staupen-Schlägen belegt werden ...

Bezüglich der Diebe gilt eine spezielle Vorschrift: Art. XV, § 3. Wer gestohlene Sachen nebst denen Dieben offtmahls wissendlich hauset u. heget, soll öffentlich an den Pranger gestellet ... mit aufgebundenen Ruhten unserer Lande auf ewig verwiesen werden.

[1]) Das österr. General-Mandat vom 12. Oktober 1696 (C. A. I, 468.)

[2]) General-Mandat Ferdin. III. vom 15. Januar 1655 (Cod. austr. II, 533). Es wird den gerichtlichen Schloß- und Hof-Obrigkeiten ausgesetzt: „denen verdächtig u. Herrnlosen Persohnen in ihren Gebietten ohne alle Rechtfertigung den Unterschleiff gestatten ... die zu bequemlicher Auffenthaltung deß straffbaren Gesindels auffkommende u. sehr zuenehmende doch verbotten heimliche Leuthgeb- u. Winckl-Wirtschaften ungescheuht passiren, ... im übrigen aber die dem Land u. gemeinen Weesen schädliche Leuth ohne alle Bestraffung auß ihren Gebietten ab u. anderen über d. Halß schicken ..." weil infolgedessen das Stellen, Rauben, Morden u. Plündern im Land zu deß Inwohners u. durchreisenden Persohnen höchster Gefahr, Schaden u. Betrangnuß je länger je mehr zunehmen werde ...

und demnach dergleichen obengedachte lands-verderbliche Persohnen mehren theils an deren Orthen, allwo man sich außer der Stadt ... der vilmahls verbottenen ... heimlichen Leuthgeb- u. Winckl-Würtschaften gebracht ihren unterschlaiff suchen ... werden diese Winkel-Wirtschaften verboten.

Vorschriften zuwiderhandeln könnten, und über welche die Kontrolle erschwert ist, werden verboten, endlich zum Zwecke der Erleichterung der Aufgabe und der Orientierung, wer ein Zigeuner ist, werden Leute dieser Art „auf der Bühne gestellt" (wenn sie nicht getötet, sondern verbannt werden).[1])

In Polen geschah es nicht anders: es werden auch hier die Mitglieder einer verbrecherichen Bande zu Feinden des Staates erklärt, wer sie aufnimmt, unterliegt denselben Rechtsfolgen. Es ist erlaubt, die Verbrecher (hultaje, swawolni) und wie es scheint, auch ihre Freunde, die sie aufnehmen, bei Gelegenheit des Gefangennehmens zu töten.[2])

Meines Erachtens kann man auf dem Hintergrund dieser Rechtsentwicklung, die auch österreichische Verhältnisse umfaßt, die Bestimmungen des Art. 102 der Theresiana desto besser verstehen, da selbst die durch Theresiana gebrauchten technischen Ausdrücke: das Diebs-, Rauber- und anderes lasterhaftes Gesindel und Bösewichte (§ 3) in den Zigeuner-Patenten und General-Mandaten zu finden sind; hier und dort ist die Unterschleifgebung als strafbar anerkannt.

Es ist jetzt die vergleichende Übersicht der Strafgesetzgebung im XIX. Jahrhundert in Erwägung zu ziehen, um zu beweisen, daß die Hypothese vom Einflusse der Theresiana auf das Strafgesetz

---

[1]) General-Mandat vom 25. Juni 1720 (C. A. III, 995): Als werden alle und jede, sowohl Haus-Inhaber als andere wer die auch seyn, derley nach abgeschworner Uhr-Fehde wiederum zurückkehrend = anhero kommende Uebelthäter im Fall einige über lang oder kurtz allhier kenntbar betreten würden, selbe alsogleich gerichtlich andeuten, mit dem ausdrücklichen Zusatz, daß denenselben auch einig heimlicher Aufenthalt oder Unterschleif bey Vermeydung schwerer u. ohnausbleiblicher Leibes Straffe, keineswegs verstatten solle. Wornach sich jeder zu richten u. vor Schaden zu hüten wissen wird. Sage es einer dem andern.

[2]) Nach der Konstitution vom Jahre 1609: Pro hoste Patriae et perpetuo bannito declaratur, wer verbrecherische Banden bildet und mit ihnen umherzieht. Dieselbe Strafe bestimmt die Konstitution vom Jahre 1611 wider diejenigen, welche den Mitgliedern dieser Banden auxilium und patrocinium geben. (Zaluski, Inventarz konstyt. koron. 1733, S. 534 ff.) Es hat als Prinzip gegolten: fur, latro, incendiarius, viarum depopulator ubique capiatur. Wer einen Rechtlosen (infamem) bei sich aufgenommen hat, wurde poena complicitatis bestraft. (Vol. Leg. II, 257.)

vom Jahre 1803 (1852) ihre Begründung im Geiste der Zeit hat, der in der Stilisierung der gleichzeitigen Strafgesetzbücher zum Vorschein kommt.

III. Das XIX. Jahrhundert bis zum deutschen Strafgesetz vom Jahre 1871.

Die Gesetzgebung des XIX. Jahrhunderts hat in engere Rechtsformeln die Rechtsgrundsätze der vorigen Epoche genommen. Es gibt keinen allgemeinen Begriff der Zigeuner, Juden, Landstreicher (sensu largo) (vgl. aber Gauner § 293 des sächs. Str. G.) es gibt keine schädlichen Leute mehr, welche sie aufnehmen, es gibt keine Willkür der Gerichte und Behörden bei ihrer Bestrafung, an ihre Stelle tritt der Begriff des Unterschleifes, den man dem Verbrecher nach Begehung des Verbrechens gibt, als einer Form der Teilnahme am Verbrechen, beziehungsweise als ein delictum sui generis.

Die Form der Teilnahme am Verbrechen kann eine zweifache sein: entweder wird der dem Verbrecher ohne vorläufiges Einverständnis gegebene Unterschleif als Teilnahme am Verbrechen (französische Gruppe)[1]) oder als mittelbare Teilnahme (das russische Gesetz vom Jahre 1845, § 16)[2]) betrachtet.

---

[1]) Es wird hier aber eine berufsmäßige, beziehungsweise gewohnheitsmäßige (habituellement) Aufnehmung von gewerbsmäßigen Verbrechern (connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs) verlangt. Bei dieser gewerbsmäßigen Aufnehmung gewerbsmäßiger Verbrecher kommt nicht auf die formale Seite der Aufnahme an, nicht auf das momentane Zusammentreffen, sondern es handelt sich um die ständige Aufnehmung, welche dem Verbrecher erlaubt, auf ein Asyl zu rechnen, wann er nur käme. Deswegen behandelt Code pénal und das belgische Gesetz unseren Fall als Teilnahme (complicité).

Rien n'est plus utile aux malfaiteurs que la certitude de trouver un endroit où ils peuvent se cacher, concerter leurs projets coupables de déposer ou faire disparaître les preuves de leurs crimes (Prins. Science pénale 359).

Deswegen verlangt auch Art. 61 Code pénal eine regelmäßige aus einer Gewohnheit herrührende Unterschleifgebung:

Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices (ähnlich Art. 68 des belg. Str. G.); vgl. Garraud Précis II, p. 427—430: „habituellement et non accidentellement; l'habitude doit résulter en donnant logement, successivement à des malfaiteurs isolés ou à des bandes organisées."

Die Gesetzgebungen, welche die Unterschleifgebung als ein selbständiges Verbrechen[1]) auffassen, unterscheiden zwei prinzipielle Fragen: *a)* die Frage, ob der Unterschleif gewerbsmäßigen Verbrechern gegeben worden ist, oder Personen, welche ein Verbrechen nicht gewerbsmäßig begangen haben; *b)* die andere Frage, ob die Unterschleifgebung ein Gewerbe derjenigen Personen ausmacht, welche den Unterschleif geben, oder nicht.

In dieser Richtung können zwei prinzipiell verschiedene Typen gebildet werden: 1. ein Typus, der die Gewerbsmäßigkeit der Verbrecher betont,[2]) 2. ein anderer Typus, der die Gewerbsmäßigkeit der Unterschleifgebung hervorhebt und auf den Charakter des Verbrechers kein Gewicht legt.[3])

Zum ersten Typus gehören: Das Sachsen-Altenburger Gesetz vom Jahre 1841,[4]) das sogenannte Thüringische Str. G. B. vom

---

Speziell von organisierten Banden und Unterschleifgebung handeln Art. 99, 267 Code pénal und Art. 133 und 324 des belgischen Strafgesetzes.

Der Unterschleif bildet in diesem Falle nicht eine allgemeine Teilnahme nach Art. 61 C. p. oder 68 C. belge, sondern ein delictum sui generis. Dieselben Vorschriften gelten im Großherzogtum Luxemburg (Berg bei v. Liszt, Str. G. G. I, S. 472), Monaco (Crusen-Turrel, ebd. S. 475). Dafür nicht angenommen in den französischen Kantonen der Schweiz (Neuenburg, Genf, Freiburg, Waadt, Wallis), die sonst unter dem Einfluß des Code pénal stehen (vgl. Stooß, Schweiz. Str. R. I, S. 245).

[2]) Zu den Teilnehmern gehören ferner: Die Hehler, d. h. diejenigen, welche, ohne an der verbrecherischen Tat selbst Anteil zu nehmen, wissentlich deren Spuren verbergen, vertilgen, die Flucht des Täters begünstigen. Daß diese Tätigkeit ohne vorläufiges Einverständnis mit dem Täter geschieht, weist § 15 hin, der sie im Falle des Einverständnisses Begünstiger nennt.

[1]) Wir behandeln als ein selbständiges Verbrechen den Tatbestand der Teilnehmung (ohne vorläufiges Einverständnis) wenn auch im allgemeinen Teil enthalten (z. B. unter dem Namen: Begünstigung).

[2]) Dieser Typus existiert immer im besonderen Teil des Gesetzes, was nicht hindert, daß wir im allgemeinen Teil dem Begriff der sogenannten uneigentlichen Teilnahme, z. B. unter dem Namen Begünstigung bezüglich aller Verbrechen begegnen.

[3]) In der Regel ist schon die Begünstigung selbst strafbar, das Element der Gewerbsmäßigkeit bildet nur einen erschwerenden Umstand.

[4]) Art. 239 Abs. 2 beschränkt den Begriff des gewerbsmäßigen Verbrechers zu Dieben und Räubern: Wer wissentlich Dieben oder Räubern Auflage bei sich verstattet oder aus dem Vertriebe gestohlener oder geraubter Sachen ein Gewerbe macht.

Jahre 1850,[1]) das sächsische vom Jahre 1855,[2]) das bayerische vom Jahre 1861,[3]) das russische vom Jahre 1845,[4]) das spanische vom Jahre 1870.[5])

Zum zweiten Typus gehören: Das bayerische Strafgesetz vom Jahre 1813,[6]) das Holstein-Oldenburgische vom Jahre 1814,[7]) das

---

[1]) Art. 231. Text wie unter 4. Seite 179.

[2]) Art. 293 enthält einen sehr umfangreichen Begriff des gewerbsmäßigen Verbrechers neben dem Dieb und Räuber besteht der „Gauner": Personen, welche Dieben, Räubern oder Gaunern Auflage bei sich verstatten oder die ihnen zu Gebote stehenden Räumlichkeiten zur Einschleppung oder Niederlegung gestohlenen, geraubten oder durch sonstige Verbrechen erlangten Gutes herzugeben pflegen, oder aus dem Ankaufe oder Vertriebe solchen Gutes ein Gewerbe machen . . .

Einen Zweifel, ob das Gewerbe nur bezüglich der gestohlenen Sachen verlangt wird, bietet die allgemeine Intitulation: Gewerbsmäßige Hehlerei und Partirerei, glaube jedoch, daß der Text des Gesetzes ausschlaggebend sein muß.

[3]) Art. 312. Wer einer Person, welche nicht zu den in Art. 61 (Familie) aufgezählten gehört, ungeachtet er weiß, daß dieselbe mit andern Personen zu fortgesetzter Übung von Raub oder Diebstahl verbunden ist, eine ständig oder gelegentlich zu benützende Räumlichkeit zum Aufenthalte oder zur Aufbewahrung von Sachen gewährt, ist mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen.

[4]) § 1146. Wer einen Verein übelgesinnter Menschen stiftet oder sich einem solchen anschließt . . ., wird bestraft . . .

§ 1149. Wer eine Bande stiftet, um . . . Gaunerei zu treiben.

§ 1153. Ebenso wird derjenige bestraft, der wissentlich Mitglieder einer Verbrecherbande in seiner Wohnung oder in seinem unter seiner Verfügung und Aufsicht stehenden Lokal, bleibend oder einstweilen beherbergt oder hehlt.

[5]) Rosenfeld bei Liszt, St. G. G. I, S. 507.

[6]) Art. 84. Wer nach vollbrachter Übertretung einem Übeltäter durch pflichtwidriges Tun oder Unterlassen in bezug auf die begangene Übertretung beförderlich ist, ohne ihm jedoch vor Vollendung der Tat solche Unterstützung versprochen zu haben, macht sich der Begünstigung schuldig.

Art. 85. Wer Übeltäter bei sich aufnimmt oder verbirgt, wer ihnen zur Flucht, zur Unterdrückung der Spuren oder Beweismittel ihres Verbrechens behilflich ist, der soll, wenn er solche Begünstigungen wie ein Gewerbe betreibt, gleich dem Gehilfen des zweiten Grades, Art. 77, bestraft werden. Dieser gewerbsmäßigen Begünstigung ist für überwiesen zu achten: wer den Beweis gegen sich hat, daß er aus eigennütziger Absicht schon vorhin, wenigstens bei zweien zu verschiedener Zeit begangenen Verbrechen oder Vergehen, sich einer solchen Begünstigung schuldig gemacht habe.

hessische vom Jahre 1841,[1]) das badische vom Jahre 1845,[2]) braunschweigische vom Jahre 1840,[3]) nassauische vom Jahre 1849,[4]) preußische vom Jahre 1851[5]) und württembergische vom Jahre 1839.[6])

Es existiert endlich ein Mitteltypus, der die Merkmale beider oben angeführten vereinigt, indem er sowohl die gewerbsmäßige

---

Art. 86. Wer nicht gewerbsmäßig solche Begünstigung getrieben, soll gleich einem Gehilfen des dritten Grades, Art. 78, bestraft werden.

7) Art. 90 bis 92 fast vollkommen identisch wie unter 6. Seite 180.

1) Art. 87. Wer ohne vorheriges Einverständnis, erst nach vollbrachter Tat dem Urheber oder Gehilfen in Beziehung auf das Verbrechen wissentlich Vorschub leistet, macht sich der Begünstigung schuldig.

Dahin gehört namentlich:

1. Wer wissentlich Verbrecher bei sich aufnimmt, verbirgt.

Art. 90. Wer gewerbsmäßig (mit gesperrtem Druck im Gesetze) entweder die Urheber oder Gehilfen . . ., bei sich aufnimmt, verbirgt, verheimlicht . . .

2) § 143. Wer ohne vorheriges Einverständnis dem Verbrecher erst nach der Tat in Beziehung auf das Verbrechen wissentlich Vorschub leistet . . .

1. Wer wissentlich Verbrecher bei sich aufnimmt, und verbirgt . . .

2. Wer Verbrechern vorsätzlich durch Vertilgung der Spuren des Verbrechens oder der Beweismittel Hilfe leistet . . .

§ 144. Wer sich der Begünstigung von Verbrechern gewerbsmäßig schuldig macht, ist mit Arbeitshaus oder Zuchthaus bis zu sechs Jahren zu bestrafen.

3) § 47. Wer ohne vorgehende ausdrückliche oder stillschweigende Übereinkunft dem Verbrecher erst nach begangener Tat in Beziehung auf dieselbe wissentlich Vorschub leistet, namentlich denselben wissentlich aufnimmt, verbirgt, zur Flucht oder zur Unterdrückung der Spuren oder Beweismittel des Verbrechens behilflich ist oder die Gegenstände des Verbrechens wissentlich aufnimmt, verheimlicht an sich bringt, an andere absetzt oder absetzen hilft, soll, wenn er die Begünstigung von Verbrechen gewerbsmäßig betreibt . . .

4) §§ 84 bis 86. Text identisch wie unter 1.

5) § 233. Nur bezüglich der Personen, welche einen Diebstahl, unrechtmäßige Zueignung oder ein ähnliches Verbrechen oder Vergehen begangen haben. Wer die Hehlerei (§§ 237 und 238) gewohnheitsmäßig betreibt, soll . . . und § 237 unter Hehlerei versteht auch, „wer die Personen, die sich eines Diebstahls, einer Unterschlagung oder eines ähnlichen Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht haben, in Beziehung auf das ihm bekannte Verbrechen oder Vergehen um seines eigenen Vorteils willen begünstigt . . .

6) § 343 ähnlich wie das preußische Strafgesetz (Note 5) ausschließlich mit Bezug auf Diebstahl. Wer dem Dieb in eigennütziger Absicht Aufenthalt gestattet . . . soll als Diebshehler . . . bestraft werden . . . Gewerbsmäßige Diebshehler werden . . . bestraft.

Unterschleifgebung, sowie auch den berufsmäßigen Charakter der begünstigten Verbrecher verlangt.

Es gehört hier der französische Typus (von welchem wir schon oben gesprochen haben, nämlich aus Rücksicht, daß aus dieser Verbindung beider Elemente eine Konstruktion der Teilnahme am Verbrechen entsteht).

Außerdem begegnen wir in der modernen englischen Gesetzgebung einer ähnlichen Konstruktion: Es ist ein Delikt des Haltens unordentlicher Häuser, zu welchen unordentliche Wirtshäuser gehören, d. h. Wirtshäuser, in welchen regelmäßig verrufene Personen verkehren.[1])

Bis zu einem gewissen Grade gehört hier das hannoverische Gesetz vom Jahre 1840,[2]) das zwar eine allgemeine gewerbsmäßige Begünstigung nach Begehung kennt (Art. 76, im Art. 333 betont besonders das Element der Gewerbsmäßigkeit bei der Vorschubleistung nach dem Raube), dafür kennt aber im Art. 303 auch die gewerbsmäßige Begünstigung diebischer Banden, also auch gewerbsmäßiger Verbrecher.

IV. Gesetzgebung nach dem Jahre 1871.

Die neueste Gesetzgebung betont, wie das deutsche Strafgesetz vom Jahre 1871 im Art. 257, das Moment der Gewerbsmäßigkeit weder bei dem Verbrecher, noch bei dem Unterschleifgeber; außerdem behandelt sie nur den Beistand zum Zwecke, um den Verbrecher der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern. Es ist also der Unterschleif nicht strafbar, wenn ohne diesen Zweck gegeben (anders

---

[1]) Schuster bei v. Liszt, St G. G. I, S. 648.

[2]) Art. 76. Wenn die Beihilfe oder Begünstigung gewerbsmäßig betrieben wird, so ist dies als ein besonderer Erschwerungsgrund zu betrachten.

Art. 333. Wer sich der Begünstigung von Raubtaten schuldig macht, soll . . . wer sich aber einer gewerbsmäßigen Begünstigung von Räubereien schuldig macht.

Art. 303. Gegen Diebshehler und andere Begünstiger des Diebstahls finden die im Art. 75 enthaltenen Bestimmungen ihre Anwendung. Im Falle gewerbsmäßig betriebener Begünstigung ist der Richter ermächtigt, auf . . . und im Falle gewerbsmäßiger Begünstigung von Banden auf . . . zu erkennen.

die ältere Entwicklung, vgl. das „aufnimmt, Aufenthalt gestattet, Auflage verstattet, fournissent logement").

Das italienische Gesetz vom Jahre 1889 kennt den Begriff favoreggiamento (Art. 225) nur bezüglich der begangenen, konkret bezeichneten strafbaren Handlung. Auch die den Verbindungen geleistete Hilfe, welche das Begehen der Verbrechen wider öffentliche Ordnung, Organisation der Familie, wider Personen oder Eigentum bezwecken (da rifugio o assistenza e somministra vettovaglie agli associati art. 249) hat den Charakter einer nach der Tat (der Bildung der Verbindung) geleisteten Hilfe, trägt weder Merkmale einer gewerbsmäßigen Unterschleifgebung an sich, noch der Aufnehmung gewerbsmäßiger Verbrecher.

V. Konklusionen.

Wenn wir jetzt nach der Stellung des österreichischen Strafgesetzes fragen, so ist meines Erachtens nur eine Antwort zulässig: Unser Gesetz kennt die Unterschleifgebung gewerbsmäßigen Verbrechern gegenüber, obgleich sie selbst nicht gewerbsmäßig zu sein braucht (die Frage des Gewinnes ist überhaupt gleichgiltig).

Es ist jetzt leicht zu verstehen, wen das Gesetz visiert, als es den Ausdruck „bekannte Verbrecher" gebraucht hat, warum im dritten und vierten Falle der Mehrzahl und im ersten und zweiten der Einzahl sich bedient; warum endlich der (den gewerbsmäßigen Verbrechern) gegebene Unterschleif viel strenger bestraft wird, als die Verbergung einer Person, welche ein Verbrechen begangen hat, vor der nachforschenden Obrigkeit.

Es ist klar: Es handelt sich nicht um das Verhältnis einer (begünstigten) Person zu einem bestimmten Verbrechen, sondern um eine Reihe Individuen von einer dunklen Vergangenheit, unsicheren Zukunft, Personen, denen der Ruhm gewerbsmäßiger Verbrecher anhaftet. Diesen Personen Unterschleif zu geben, ihre Zusammenkünfte zu begünstigen, ist ein schweres Verbrechen.

Dieses Resultat wird durch § 6 Str. G. bestätigt, der den Titel: „Hilfeleistung nach verübtem Verbrechen" trägt und nur folgende Tatbestände aufzählt: „Dem Täter mit Hilfe und Beistand beförderlich ist oder von dem ihm bekannten Verbrechen Gewinn

und Vorteil zieht." Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese „Hilfe" und dieser „Beistand" die Fälle des § 214, 1. und 2. Abs. umfaßt, aber keineswegs auf Unterschleifgebung und Begünstigung der Zusammenkünfte bekannter Verbrecher sich bezieht.

Es sind daraus Folgerungen zu ziehen:

1. Das Gesetz hat im dritten Fall („den ihm bekannten Verbrechern Unterschleif gibt") nicht ohne tieferen Grund die Mehrzahl gebraucht; es gaben hier für die Fassung des Gesetzes nicht bloß „stilistische Motive" Ausschlag, wie der Kassationshof in der Entscheidung vom 23. Februar 1880, Z. 14.318 Slg. Nr. 230 behauptet. Die Ausführungen der Generalprokuratur, welche die §§ 67, 129, 153, 199 *c*, 201 *c*, 287 *b*, *c*, *f*, 512 als Beweis zitieren, daß das Gesetz die Mehrzahl oft dort gebraucht, wo zum Vorhandensein einer strafbaren Handlung eine Tatsache, eine Sache, eine Person ausreicht oder daß im § 104 die Einzahl, im § 105 die Mehrzahl bezüglich der Geschenke gebraucht werden, sind nicht überzeugend, weil in keinem dieser Fälle, in einem und demselben Paragraphen, die Einzahl und Mehrzahl nebeneinander gestellt wird und der § 214 gebraucht doch sichtbar vorsätzlich im ersten und zweiten Falle die Einzahl (des Täters, den Verbrecher) und im dritten und vierten Falle die Mehrzahl (den Verbrechern, ihre Zusammenkünfte).[1])

2. Es handelt sich nicht um einen sporadischen Fall der Aufnahme eines Verbrechers,[2]) das Gesetz verlangt viel mehr:

---

[1]) Die Anrufung des Josephinischen Gesetzes (Nowaksche Slg. III, 126) kann für die Entscheidung der Frage von keinem Belang sein. Zwar finden wir die Einzahl wirklich im § 81, I. T., aber es unterliegt keinem Zweifel, daß das Strafgesetz vom Jahre 1852 der Stilisierung und dem Geiste des § 214 nach, nicht auf dem Josephinischen Gesetze, sondern auf Theresiana basiert. Das Josephinische Gesetz (sonst ebenso wie das westgalizische) kennt keinen zweifachen Ausmaß der Strafe und keine höhere Strafe für Fälle, welche wir als Nr. 3 und 4 bezeichnen, und das ist ein wichtiger Umstand.

Der Umstand, daß das Militärstrafgesetz im § 520 die Wendung: „Demselben (also einem Verbrecher) Unterschleif gibt," beweist nichts, weil daraus, daß im Geltungsbereiche des Militärgesetzes schon der einem Verbrecher gegebene Unterschleif ein Verbrechen ausmacht, keine Folgerungen für das Zivilstrafgesetz zu ziehen sind.

[2]) Auf die Interpretation des Kassationshofes (Slg. Nr. 230) vgl. sonst oben Jenull op. cit. Herbst, 7. Aufl., I, 461 und Frühwald, Handb. 46 bis 47 kann ich absolut nicht eingehen. Selbst das primitive Recht, das von der

ein oft wiederkehrendes Aufnehmen von Personen, bezüglich welcher der Täter weiß, daß sie Verbrecher sind, und nämlich keine gewöhnlichen Verbrecher, sondern in ihrem Berufe schon berühmte Meister („bekannte" Verbrecher) und dem Begünstiger, als solche bekannt („ihm bekannte" Verbrecher).

Das Gesetz verlangt nicht, daß der Begünstiger dieselben gleichzeitig aufnehme, kann sie auch einzeln aufnehmen, aber mit sichtbarer Absicht der Fortsetzung; dort, wo das Gesetz das gleichzeitige Aufnehmen einer größeren Anzahl von Verbrechern hindern wollte, hat einen selbständigen Tatbestand „Begünstigung der Zusammenkünfte" eingeführt. Das gleichzeitige Aufnehmen mehrerer Verbrecher (beziehungsweise Begünstigung der Zusammenkünfte) wirft ein zu grelles Licht auf den Aufnehmenden, um denselben schon nicht für einmalige Beherbergung zur Verantwortung zu ziehen.

Zum Verbrechen nach § 214 Absatz 3 und 4 ist also nötig:

1. Die Wiederholung der Beherbergung einzelner Verbrecher oder gleichzeitiges, wenn auch nur einzelnes Aufnehmen mehrerer, beziehungsweise Erleichterung, wenn auch nur einer Zusammenkunft.[1])

Gesellschaft vollständige Ausstoßung des rechtlosen Verbrechers verlangt, das denselben als ein schädliches Tier erachtet, gestattet mit der Zeit, denselben einmal aufzunehmen, durch eine Nacht zu beherbergen. Vgl. einerseits: Landfrieden K. Rudolfs und Herzogs Ludwig von Bayern, 1282. Quicunque aliquem de Suevia in Bavaria spolium committentem vel alias delinquentem in strata vel extra stratam per unam noctem scienter tenuerit pro reo satisfaciet et tenebitur loco rei. (Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht.) Anderseits eine umfangreiche Differenzierung vom Speisereichen angefangen bis zur längeren Unterschleifgebung, vgl. Cap. de part. Sax. c. 24, Pertz, I, 70, das die Rechtlosigkeit des Begünstigers erst nach sieben Nächten zuläßt (Brunner, R. G. II, 577). Schwsp. 283 erlaubt die Beherbergung durch eine Nacht. Eine französische Vorschrift vom XVI. Jahrhundert lautet: Defendons à tous taverniers et cabaretiers de recevoir el heberger dans leurs maisons gens sans aveu plus d'une nuit, sur peine des galères . . . (Vgl. bei Garraud II art. 260 ordon. de Blois mai 1579.)

[1]) Das österr. Strafgesetz gehört nicht, wie wir schon hervorgehoben haben, zu diesem Typus der Gesetze, welche die Gewerbsmäßigkeit der Aufnehmenden verlangen, es verlangt nur die Gewerbsmäßigkeit der begünstigten Verbrecher, trotzdem weist die Mehrzahl („bekannten Verbrechern") auf eine gewisse Tendenz hin, als Bedingung der Strafbarkeit, mehrfache Begünstigung, entweder durch Begünstigung mehrerer Verbrecher

2. Die Anwendung dieser Handlungsweise bezüglich der Personen: *a)* welche den Ruf gewerbsmäßiger Verbrecher haben, *b)* welche der Begünstiger als solche kennt.

Was unter Unterschleifgebung und was unter Zusammenkünfte zu verstehen ist, haben wir schon oben angegeben. Dafür ist vollkommen gleichgiltig, ob der Aufnehmende den Zweck der Zusammenkunft kennt, es handelt sich nicht um Begünstigung aus Rücksicht auf den Zweck, sondern aus Rücksicht auf Personen (also contra Geyer vgl. oben).

Der Begriff eines bekannten Verbrechers verlangt eine nähere Erklärung, wir müssen hier alle möglichen Interpretationsarten in Erwägung ziehen, um das Resultat der geschichtlichen Entwicklung zu prüfen.

1. Die Definition des Kassationshofes: Verbrecher = Täter vor Abbüßung der Strafe hat sich als nicht zutreffend erwiesen (vgl. oben).

2. Noch weniger zutreffend wäre es anzunehmen, daß der „Verbrecher" eine Person ist, welche für das Verbrechen die Strafe schon abgebüßt hat, diese Hypothese widerspricht dem Geist unseres Strafgesetzes, es verbietet doch der § 497 Str. G. jemandem wegen einer ausgestandenen Strafe, solange er sich rechtschaffen beträgt, Vorwürfe zu machen, wäre es konsequent gleichzeitig sein Aufnehmen zu verbieten?[1])

3. Die Hypothese, daß der „bekannte Verbrecher" (3. und 4. Absatz) mit dem durch die Obrigkeit gesuchten „Täter" (1. und 2. Absatz) identisch ist, fällt weg, einerseits deswegen, weil das Gesetz mit Nachdruck das Adjektiv „bekannt" hervorhebt, anderseits deswegen, weil sonst unverständlich wäre, warum offene „Unterschleifgebung" strafbarer sein sollte, als „Verbergung".

4. Wir sehen also, daß der Begriff „bekannter Verbrecher", eine andere Bedeutung, als eine rein juridische haben muß —

---

auf einmal oder einzelner Verbrecher mehrmals. Auf diese Weise betont das Gesetz ausdrücklich den antisozialen Charakter der Handlung des Aufnehmenden.

[1]) Der gegenwärtige Zustand: Hyes Novelle mit der Beschränkung der Folgen der Bestrafung, die Bildung der Fürsorgevereine für die Entlassenen aus dem Gefängnisse brauchen nicht in Erwägung gezogen zu werden, weil sie verhältnismäßig neuen Datums sind und eingeworfen werden könnte, daß sie geschichtlich dem Standpunkte des Strafgesetzes vom Jahre 1852 (1803) nicht entsprechen.

nämlich eine soziale. Darin besteht der ganze Irrtum der bisherigen Interpretation, daß man mit dem Begriff „Verbrecher" im juridischen Sinn, identisch mit dem des „Täters" und diesbezüglich eines bestimmten Verbrechens — gearbeitet hat. Es ist nicht so: Selbstverständlich muß der Umstand, daß in demselben Paragraphen auch der rein juridische Begriff „Täter" zu finden ist, irreführen, es ist jedoch Aufgabe der geschichtlichen Interpretation, die Genesis des § 214 zu berücksichtigen und zu beweisen, daß derselbe aus zwei selbständigen Teilen besteht.

Es bleibt uns die nähere Erklärung dieses sozialen Begriffes übrig. Ist „ein bekannter Verbrecher" eine Person, von welcher bekannt ist, daß sie mehrere verschiedene Verbrechen begangen hat: z. B. einmal einer obrigkeitlichen Person in Ausübung ihres Amtes mit gefährlicher Drohung sich widersetzt (§ 81), das andere Mal einen Stein in das Fenster einer gehaßten Persönlichkeit geworfen hat (§ 85*b*), das dritte Mal eine gefährliche Drohung sich zu Schulden kommen ließ (§ 99)?

Ich glaube — nein! Das ist bloß eine Person, von welcher wir wissen, daß sie bestraft war, sie ist noch nicht „bekannter Verbrecher". Ich mache aufmerksam, daß das Gesetz bezüglich des Rückfalles auf dem Standpunkte des besonderen Schärfungsgrundes (§ 44*c*) steht, es bildet also der Umstand der Vorbestrafung für ein anderes Verbrechen, selbst nicht einen erschwerenden Umstand.

Was ist also ein „bekannter Verbrecher"? Ein Rückfälliger? Auch das nicht; nehmen wir an, daß jemand für das Verbrechen des Zweikampfes schon zweimal die Strafe abgebüßt hat, trotzdem begeht er es zum drittenmal, wird er infolgedessen zum „bekannten Verbrecher"? darf ihm infolgedessen kein Unterschleif gegeben werden, darf man ihn nicht aufnehmen? Unser Billigkeitsgefühl sträubt sich dagegen, und bei einem sozialen, nicht juridischen Begriff muß die zeitgenössische Ansicht der Gesellschaft entscheiden.

Was wird also allgemein unter dem „bekannten Verbrecher" verstanden? Wir verstehen darunter gewöhnlich Personen, für welche das Verbrechen ein ähnliches Element und eine ähnliche Daseinsbedingung bildet, wie die Unzucht für eine Prostituierte, es gehört hier eine Gruppe von Personen, welche die Arbeit verabscheuen und ihre Einnahmen, ihren Unterhalt aus den strafbaren Handlungen schöpfen: aus Diebstählen, Räubereien, Betrügereien

es gehört hier dieser Kreis von Leuten, deren Photographien die Sammlungen der großstädtischen Polizeiämter oder Polizeiblätter zieren, welche als „Kriminalstudenten" die Verhandlungssäle der Strafgerichte ausfüllen; mit einem Worte diejenigen Leute, die man mit der allgemeinen Bezeichnung: „das gewerbsmäßige Gaunertum" umfaßt, welche das mittelalterliche Recht „Luder", „schädliche Leute", die Theresiana „lasterhaftes Gesindel" oder „Bösewichte" und die moderne Kriminalpolitik „berufsmäßige, professionelle Verbrecher" nennt.[1])

Dieser Ausdruck „bekannte Verbrecher" hat seine Geschichte; wenn wir die strafrechtliche Entwicklung zurückverfolgen, so müssen wir uns überzeugen, daß es ein dem älteren Recht geläufiger Begriff ist. Schon Carolina kennt den Begriff „verleumbter Dieb" (Art. 162). Remus interpretiert diesen Ausdruck: Pro famoso fure, qui furandi habitum adquiserit. Damhouder im Kommentar zur Carolina bedient sich der Wendung: Qui vero tertio furtum commisit, is fur famosus vocatur vel grassator: et propterea ... ad mortem punitur und Böhmer äußert sich zum Art. 162: Nam praesumitur is utique continuaturus, cui hactenus se mancipavit vitae genus. Dem Ausdrucke „famosus" begegnen wir auch bei Italienern. Julius Clarus gibt die Definition eines gewerbsmäßigen Diebes: Fur, qui furari consuevit, dicitur famosus latro. Von den deutschen Benennungen ist hervorzuheben: „Ein offener verleumbter Dieb," welcher nach Tengler denjenigen bezeichnet, der oft gestohlen hat und „offenberlicher Dieb", welcher nach Georg v. Rotschitz denjenigen bezeichnet, der gewohnt ist zu stehlen.[2])

Es besteht für einen praktischen Juristen ein Zweifel: Ja, aber das ist ein sehr vager Begriff, welchen Grund haben wir, um zu beurteilen, ob wir im gegebenen Fall mit einem gewerbsmäßigen Verbrecher zu tun haben oder nicht. Die Antwort ist einfach: Es muß hier freie Beurteilung des Richters entscheiden, und ich glaube,

---

[1]) Vgl. für Art. 68 des belgischen Str. G. Prins, Science pén. l. c.: Le législateur entend parler des malfaiteurs de profession ayant une conduite criminelle. Vgl. Code pénal: „Connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs."

Die Rolle dieser Erscheinung als einer Kategorie des Zustandsverbrechens (der chronischen Kriminalität), vgl. bei v. Liszt, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 58.

[2]) Vgl. Wahlberg, Das gewohnheitsmäßige Verbrechen. Klein. Schr. I, 136 ff.

daß derjenige, welcher in der Praxis einige Jahre verbracht hat, leicht ein genaues Kriterium zur Erkennung eines gewerbsmäßigen Verbrechers finden wird: Es reicht aus: eine genaue Prüfung der Generalien, der Vergangenheit und der Strafkarte der gegebenen Person. Es ist dies gar nicht schwieriger, als die Entscheidung der Frage der gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Betreibung der Wuchergeschäfte (§ 4 des Ges. vom 28. Mai 1881, Z. 47 R. G. B.) oder der Frage, ob eine Person für die Sicherheit des Eigentums gefährlich erscheint (§ 4 des Gesetzes vom 10. Mai 1873, Nr. 108, R. G. B.).

Es gibt gewisse Weisungen, welche wir von der modernen Strafrechtswissenschaft erhalten: Der gewerbsmäßige Verbrecher hat kein in einer jeden Gesellschaft identisches Äußere, sein Lebenswandel, seine Spezialität steht in einem engen Zusammenhang mit der gesamten Kulturstufe der Gesellschaft, innerhalb welcher der Verbrecher lebt.

Es gibt aber gewisse Merkmale, welche dem gewerbsmäßigen Verbrechen ohne Rücksicht auf Zeit und Ort gemein sind. Das gewerbsmäßige Verbrechen besteht darin, daß der Täter aus dem Begehen strafbarer Handlungen im allgemeinen oder einer gegebenen Art, sich eine Einnahmequelle gemacht hat.[1])

Die Gesellschaften einer niedrigen Kulturstufe haben folgende gewerbsmäßige Verbrecher: 1. Räuber, deren Spezialität der Raub (vgl. Raubgenossen des § 192 österr. Str. G.), die Brandstiftung (vgl. auf Verheerungen gerichtete Zusammenrottung § 167*a*), der Mord und Todschlag (§ 135 Abs. 2 und § 141 des österr. Str. G.) bilden.

2. Diebe (vgl. ordentliches Gewerbe damit treibender Täter, § 174 II*g*, der Täter das Stehlen zur Gewohnheit gemacht hat, § 176 I und § 179 d. österr. Str. G.) und

3. Hehler.[2])

---

[1]) Vgl. Finger, 2. Aufl., I, 289; v. Liszt, Das gewerbsmäßige Verbrechen, Z XXI, 124 ff.

[2]) Vgl. im deutschen Strafgesetze: Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl verbunden haben (§ 250 Abs. 2, § 243 Abs. 6).

Außerdem betont das Gesetz ausdrücklich das Moment der Gewerbsmäßigkeit bei der Hehlerei (§ 260).

Die modernen Gesellschaften haben eine andere, nicht minder gefährliche Form des gewerbsmäßigen Verbrechertums:

1. Betrüger (§ 203 Str. G.), es gehören hier die Hochstapler, Bauernfänger, Zechpreller usw., weiter
2. Falschmünzer.
3. Die Plage der Großstädte: Die Erpresser (maitres-chanteurs).

Einen Beweis, daß die österreichische Gesetzgebung den Begriff des gewerbsmäßigen Verbrechertums gekannt hat und noch heute kennt, liefert (außer den oberwähnten gesetzlichen Vorschriften) § 2 (aufgehoben durch § 9 des Gesetzes vom 24. Mai 1885, Z. 89 R. G. B.) des Gesetzes vom 10. Mai 1873, Z. 108 R. G. B. und § 3 des Gesetzes vom 24. Mai 1885, Z. 89 R. G. B.

§ 2 hat gelautet:

Arbeitsfähige Personen, welche wegen Verfälschung öffentlicher Kreditpapiere, Münzverfälschung, Brandlegung, Raub, oder wegen Verbrechens der öffentlichen Gewalttätigkeit durch gefährliche Drohung (§ 99 Str. G.) des Diebstahls oder Betruges oder wiederholt wegen Übertretung des Diebstahls, Betruges, oder des Bettelns oder welche als Landstreicher bestraft worden sind, können, wenn seit der Abbüßung ihrer Strafe noch nicht drei Jahre verflossen sind, von der Sicherheitsbehörde angewiesen werden, sich innerhalb einer ihnen bestimmten Frist darüber auszuweisen, daß sie sich auf erlaubte Weise ernähren.

Der Zweck dieser Vorschrift ist klar: Weil die oberwähnten Personen von den strafbaren Handlungen leben, soll die Sicherheitsbehörde in der Richtung Kontrolle üben, ob dieselben ihren Lebenswandel geändert haben, um nämlich dadurch dieselben zur Verzichtleistung auf ihr Gewerbe zu zwingen.

Es sind in der oberwähnten Vorschrift ungefähr dieselben Kategorien von Verbrechern aufgezählt, welche allgemein zu den gewerbsmäßigen Verbrechern gerechnet werden.

Das Gesetz vom 24. Mai 1885, Z. 89 R. G. B. (§ 3) enthält dieselbe Vorschrift mit dem Unterschied, daß es, anstatt die Kategorien von Verbrechern aufzuzählen, eine allgemeine Formel enthält: „Welche kein Einkommen und keinen erlaubten Erwerb haben und die Sicherheit der Person oder des Eigentums gefährden."

Es ist eine zu weite Formel, und infolgedessen, daß die Beurteilung, ob die gegebenen Personen die Sicherheit des Eigentums

gefährden, der Verwaltungsbehörde (nicht den Gerichten) ohne jede Beschränkung überlassen wird, in der Praxis gefährlich.

Aus der Zusammenstellung des Mangels an erlaubtem Erwerb mit der Gefährdung, ist die Folgerung zu ziehen, daß diese Personen auch eine Erwerbsquelle besitzen, welche für die Sicherheit der Personen und des fremden Eigentums gefährlich ist.[1])

Eine gute Seite dieser weiten Formel bildet der Umstand, daß sie einer jeden Art des gewerbsmäßigen Verbrechertums angepaßt werden kann.

Außerdem führt die österreichische Gesetzgebung die Polizeiaufsicht über derartige Personen ein (§ 4 des Gesetzes vom 10. Mai 1873, Z. 108 R. G. B.). Personen, welche wegen Verfälschung öffentlicher Kreditpapiere oder wegen strafbarer Handlungen wider fremdes Eigentum zu einer mehr als sechsmonatlichen oder wiederholt zu kürzeren Freiheitsstrafen oder welche als Landstreicher verurteilt worden sind und für die Sicherheit des Eigentums gefährlich erscheinen.

Wir haben hier schon ein Kriterium: die Verurteilung. Wir müssen auf den Umstand aufmerksam machen, daß das Gesetz in der Regel zur Verhängung der Polizeiaufsicht den Rückfall nicht verlangt, schon eine Verurteilung reicht aus, um dem Gericht das Material zur Charakterisierung der gegebenen Personen zu liefern.

Solchen Personen (gewerbsmäßigen Verbrechern) gegenüber ist der § 214 anzuwenden. Wer sie aufnimmt, ihre Zusammenkünfte begünstigt, begeht ein Verbrechen. Unser Gesetz dehnt den Tatbestand des § 214 im § 307 Str. G. auf Vergehen und Übertretungen aus. Alles, was wir bezüglich

---

[1]) Die Bestimmung ist daher nicht so sehr gegen die Müßiggänger, als gegen jene dunklen Existenzen gerichtet, denen wohl nichts nachgewiesen werden kann, die jedoch zum Nachweise eines erlaubten Erwerbes verhalten werden können, um den gegründeten Verdacht zu zerstreuen, daß sie sich von Hehlerei, Diebstahl, Kuppelei oder anderen strafbaren oder unerlaubten Beschäftigungen nähren. Der durch vorhergehende Abstrafungen sichergestellte Hang zu Eigentumsdelikten, zu Raufereien (?) zur unbefugten Ausübung der Arznei- oder Wundarzneikunst, zum Halten einer Winkellotterie u. dgl. verbunden mit der Tatsache, daß ein erlaubter Erwerb nicht gesucht wird, dürften zum Beweise einer solchen Gefährdung genügen (Fürstl, Nebengesetze III, 16).

der Verbrechen gesagt haben, findet auch bezüglich jener weniger strafbaren Handlungen seine Anwendung.

Hier sind aber auch aus der Unzahl der Delikte bloß diejenigen hervorzuheben, welche zum Begriffe des gewerbsmäßigen Verbrechertums gehören. Als solche gewerbsmäßige Verbrecher zweiten Ranges sind zu erwähnen: Landstreicher und Bettler (im Sinne der §§ 1, 2 Abs. 1 des Ges. vom 24. Mai 1885, Ziff. 89 R. G. B.), Kuppler (§ 512 Str. G.), Louis (§ 5, Abs. 6 des Ges. vom 24. Mai 1885, Ziff. 89 R. G. B.) verbotene Unzucht (§ 5, Abs. 1 bis 5 ebd.), gewerbsmäßige Wucherer (§ 4 des Ges. vom 28. Mai 1881, Ziff. 47 R. G. B.), gewerbsmäßige und widerrechtliche Betreibung der Auswanderungsgeschäfte (§ 1, Abs. 1 und § 2 des Ges. vom 21. Januar 1897, Z. 27 R. G. B.), Kurpfuscher (§ 343 Str. G.), Käufer verdächtiger Sachen (§ 477 Str. G.).

Allen diesen Personen gegenüber ist der § 3 des Landstreichergesetzes bezüglich des Sichausweisens, daß sie sich auf erlaubte Weise ernähren, anzuwenden, und über einige (Landstreicher) ist auch die Polizeiaufsicht zu verhängen.

Ich zitiere die Arten des gewerbsmäßig betriebenen Verbrechens nur beispielsweise. Es ist Aufgabe des Richters, festzustellen, ob die aufgenommene begünstigte (§ 214) Person gewerbsmäßig Verbrechen begeht und ob der Aufnehmende von diesem ihren Charakterzug weiß. Auf diese Weise werden die Vorschriften des § 214 Abs. 3 und 4 zu einer starken Waffe der Gesellschaft wider das gewerbsmäßige Verbrechen.

Diese Form der strafbaren Begünstigung durch das Unterschleifgeben ist in die moderne Strafgesetzgebung, wie wir wissen, nicht aufgenommen worden, jedenfalls, da unser Gesetz dieselbe kennt und zuläßt, ist sie anzuwenden; sie ist zwar ein brutales, aber dafür ein wirksames kriminalpolitisches Mittel im Kampfe mit dem gewerbsmäßigen Verbrechertum.

Der österreichische Strafrichter hat eine große Freiheit in der Anwendung des § 214 Abs. 3 und 4 deswegen, weil das Gesetz anstatt des eigentlich passenden Ausdrucks: „gewerbsmäßiges Verbrechen" sich eines allgemeinen „bekannten Verbrechers" bedient. Im entgegengesetzten Falle könnte die Frage der rein grammatischen Interpretation auftauchen und es wäre die Anwendung dieser Vorschrift nur auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen

das Gesetz ausdrücklich „gewerbsmäßige" Verbrecher erwähnt. Diese Fälle sind wenig zahlreich: § 174, II*g*, § 4 des Ges. vom 28. Mai 1881, Ziff. 47 R. G. B. teilweise auch § 343 Str. G. (Gewerbsmäßigkeit gehört zum Tatbestand[1]). Die „Gewohnheit" wird nur im § 176, I, 179, 203 Str. G. und im § 4 des Wuchergesetzes erwähnt.[2])

Angesichts des weiten gesetzlichen Ausdruckes „bekannte Verbrecher" darf der Richter den Begriff des gewerbsmäßigen Verbrechers im Sinne der modernen Wissenschaft gebrauchen, und nur dieses wissenschaftliche Kriterium anwenden.

Wenn wir heutzutage in Österreich dem Verbrechen nach § 214 Abs. 3 und 4 selten begegnen, so ist das kein Wunder, wenn man die Interpretation des Kassationshofes und der communis opinio ins Auge faßt, um die betreffenden Bestimmungen nicht allen strafbaren Handlungen gegenüber anwenden zu brauchen, geht man über sie überhaupt zur Tagesordnung.

Wenn wir jedoch die Anwendung des § 214 Abs. 3 und 4 und des § 307 Str. G. auf das gewerbsmäßige Verbrechen beschränken, so gelangen wir zu besten Erfolgen: es führt dies zur Bekämpfung der größten gesellschaftlichen Plage, es wird den gewerbsmäßigen Verbrechern das weitere Fortkommen unmöglich gemacht, sie werden gezwungen, entweder den Beruf zu ändern, oder das Land zu verlassen.

Der praktische Erfolg der Anwendung des § 214 Abs. 3, 4 wird ein folgender sein: der Kuppler oder der Wucherer, der Dieb oder der Hehler kann die Hilfe der umgebenden Gesellschaft in der Richtung des Unterschleifes nicht in Anspruch nehmen, er bekommt nirgends Wohnung und muß entweder im eigenen Hause wohnen, oder nach einer anderen Örtlichkeit umziehen, wo sein „Gewerbe" unbekannt ist, und dort wiederum insofern er seinen „Beruf" nicht ändert, läuft er die Gefahr von neuem, durch die Gesellschaft, die mit der Zeit sein „Gewerbe" kennen lernt, abgestoßen zu werden.

---

[1]) § 5, Abs. 1 bis 5 des Ges. vom 24. Mai 1885, Z. 89 R. G. Bl. gehört hier nicht her, da das Gewerbe der Prostituierten nicht strafbar ist und bloß durch ihr Benehmen dabei zur Übertretung wird.

[2]) § 412 gehört hier nicht her, da die Gewohnheit nicht in der Gewinnsucht wurzelt.

Auf diese Weise wird die Operationsbasis zum verbrecherischen Treiben entzogen, die Bildung größerer Verbindungen unmöglich gemacht.

Es erübrigt eine für die österreichische Gesetzgebung wichtige Frage.

Das Sprengstoffgesetz vom 27. Mai 1885, Z. 134 R. G. B. kennt im § 5 ein delictum sui generis, das in der Verbindung mehrerer Personen zum Zwecke der Ausführung einer bestimmten im § 4 desselben Gesetzes vorgesehenen strafbaren Handlung (vorsätzliche Herbeiführung einer Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben eines anderen durch Anwendung von Sprengstoffen als Sprengmittel) oder einer Reihe derartiger, wenn auch im einzelnen noch nicht bestimmter Handlungen besteht. Es sind die bekannten, durch die moderne Wissenschaft als Formen der Teilnahme nicht anerkannten Erscheinungen: Komplott und Bande.

Es fragt sich nun: ist der dem Komplott und der Bande gegebene Unterschleif, oder Begünstigung der Zusammenkünfte ihrer Mitglieder — strafbar?

Das Komplott besteht in der Vereinbarung, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen. Das Verbrechen ist im Moment der Vereinbarung vollbracht.

Die Frage, ob die vereinbarte strafbare Handlung begangen worden ist, ist in diesem Falle ohne Belang (sollte man sie begehen, so würden die Mitglieder des Komplotts nach § 4, nicht 5 strafbar sein). Jemand gibt den Komplottanten Unterschleif. Das Komplott wird entdeckt, die Komplottanten werden nach § 5 zur Verantwortung gezogen, und der Unterschleifgeber?

Sind die Komplottanten „bekannte Verbrecher"? Nein — weil bekannter Verbrecher mit dem gewerbsmäßigen Verbrecher identisch ist.

Ist vielleicht der Unterschleif als Teilnahme am Verbrechen zu behandeln? Der Unterschleifgeber kann jedoch für Teilnahme am Komplott (§ 5 Str. G., § 5 Sprengst. G.) nicht zur Verantwortung gezogen werden, da er Personen Unterschleif gegeben hat, die das Komplott schon gebildet, d. h. das Verbrechen des Komplotts schon begangen haben. Er könnte also nur für die Teilnahme am Verbrechen nach § 4 Sprengst. G. verantwortlich sein:

er hat zum Begehen des Verbrechens, der Herbeiführung einer Gefahr usw., Hilfe geleistet.

Ja, aber das Verbrechen nach § 4 ist nicht begangen worden und die Beihilfe ist nach österreichischem Recht eine akzessorische Schuldform, d. h. der Gehilfe wird erst strafbar, wenn der Täter wenigstens versucht hat, das gegebene Verbrechen zu begehen. Die Bildung eines Komplotts ist erst eine Vorbereitungshandlung; infolgedessen die Tätigkeit jenes Menschen, welcher den Komplottanten Unterschleif gegeben, beziehungsweise ihre Zusammenkunft begünstigt hat, wird nach keiner strafgesetzlichen Vorschrift strafbar.

Nicht anders mit der Bande: Angesichts dessen, daß das beabsichtigte Verbrechen nicht bestimmt ist, gibt es keine Rede von der Teilnahme desjenigen, der Unterschleif gegeben hat. § 214 findet auch keine Anwendung, da das Moment des „gewerbsmäßigen" Verbrechens fehlt.

Es folgt daraus, daß die österreichische Strafgesetzgebung eine Lücke aufweist, welche durch § 9 des Sprengst. G., der die Unterlassung einer Anzeige auch bezüglich der Bande oder des Komplotts unter Strafe stellt, nicht ausgefüllt wird, weil die Strafbarkeit des Verbrechens nach § 9, von der Vollbringung des Verbrechens nach § 4 abhängig ist, und dieselbe wird nicht stattfinden, wenn man sich auf die Bildung des Komplotts oder der Bande allein beschränkt hat.

Die österreichische Gesetzgebung befindet sich hier in derselben Lage, wie Frankreich vor der Novelle vom 18. Dezember 1893. Code pénal hat die Artikel 265 bis 268 enthalten, welche ausdrücklich bezüglich der malfaiteurs (Bösewichte) Anwendung finden sollten, infolgedessen an die Verbindungen der nicht vorbestraften, obgleich für die Gesellschaft höchst gefährlichen Individuen nicht anzuwenden waren. Man konnte diejenigen nicht bestrafen, welche solchen Verbindungen Unterschleif und Gelegenheit zu Zusammenkünften (logement, retraite, ou lieu de réunion[1]) gegeben haben. Die obgenannte Novelle hat dem Art. 265 eine neue Form gegeben und infolgedessen ihre Anwendung auf Personen, die keine malfaiteurs sind, verbreitet.[2])

---

[1]) Vgl. den Urtext Art. 265 bis 268 bei Laborde, Les association de malfaiteurs, p. 2—3.

[2]) On n'a plus à se demander s'il faut être malfaiteur avant de participer à l'association punissable (Laborde, 7. art. 12; Garraud, L'anarchie 41—42).

Das Sprengstoffgesetz ist sehr weit gegangen, indem es aus dem Komplott und aus der Bande delicta sui generis gebildet hat; es ist sichtbar, daß es den Gefahren des anarchistischen Treibens Rechnung tragen, daß es die anarchistische Propaganda im Keime ersticken wollte.[1]) Leider hat man vergessen, daß diejenigen, welche den Sprengstoffhelden Unterschleif geben, straflos ausgehen können. § 214 Str. G. wird diese Lücke nicht ausfüllen.

[1]) Die Verabredung mehrerer Personen, ein Verbrechen zu begehen, wird in der Regel als eine nach den Bestimmungen des Strafgesetzes nicht unter Strafe gestellte Vorbereitungshandlung anzusehen sein. Berücksichtigt man die große Gefahr, welche die im § 4 bezeichneten verbrecherischen Handlungen für Leben und Eigentum anderer herbeiführen, und ferner die Bedeutung, welche dieses Verbrechen für die Gesellschaft gewinnt, indem die Anarchistenpartei es in die Reihe ihrer Angriffsmittel aufgenommen hat, so erscheint dadurch die Aufnahme der in Rede stehenden Bestimmungen gerechtfertigt. (Mot. d. Komm. des Abgeordnetenhauses b. Fürstl, Nebengesetze, II, 82.)

III.

Strafprozeßrecht.

1. Das Vorverfahren wegen der durch Unmündige unter 14 Jahren begangenen Verbrechen.

Es gibt in der normalen Entwicklung des Menschen ein Alter, während dessen seine Zurechnungsfähigkeit entweder ganz ausgeschlossen oder wenigstens stark zweifelhaft ist.

Infolgedessen hat bekanntlich das römische Recht bei Kindern (infantes) unter 7 Jahren vollständigen Mangel an Zurechnungsfähigkeit angenommen, bei Personen im Alter zwischen 7 und 14 Jahren ließ die Frage a casu ad casum entscheiden (infantiae proximi ausnahmsweise, pubertati proximi in der Regel waren zur Verantwortung gezogen.[1]) Code pénal vom 6. Oktober 1791, wie auch der jetzt in Kraft stehende Code pénal vom Jahre 1810 (Art. 66 bis 72) hat das Stadium der unbedingten Unzurechnungsfähigkeit verworfen und nur zwei Stadien, der bedingten und unbedingten Zurechnungsfähigkeit, anerkannt.[2][3])

Dem französischen Beispiele sind gefolgt: das preußische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851, das bayerische vom Jahre 1861, das belgische vom Jahre 1867 und andere.

---

[1]) Vgl. Lex. 12 Dig. ad legem Cornel. de sicariis. 48.8, l. 22. pr. Dig. de lege Corn. de falsis. 48.10, l. 3, § 1. Dig. de injuriis. l. 47.10, l. 23. Dig. de furtis 47.2, l. 5, § 2. Dig. ad legem Aquiliam 9.2, l. 111. Dig. de divers. regulis juris. 50.17, vgl. auch Rein: Das Kriminalrecht der Römer 206 ff.

[2]) Diese Einteilung des menschlichen Alters rücksichtlich der Zurechnungsfähigkeit ist sogar in Frankreich einer starken Opposition begegnet, vgl. Rossi, Traité, t. I, p. 56; Ortolan, Elements, I, nr. 263, 269; Chauveau et Hélie, Theorie, t. I, nr. 325. Als Verteidiger desselben ist Garraud (Traité, t. I, p. 355 ff.) bekannt.

[3]) Das Zirkular des Justizministers vom 26. Mai 1855 (Recueil Gillet nr. 3585), das den Staatsanwälten empfiehlt, von dem Strafverfahren wider

Die modernen Kodifikationen haben das römische System als das beste anerkannt, d. i. das System der drei Altersstufen; von welchen die zweite als die Zeit der bedingten Zurechnungsfähigkeit gilt: das ist der Standpunkt des deutschen Strafgesetzbuches, das als eine solche Lebensepoche das Alter zwischen 12 und 18 Jahren annimmt (§ 55); es soll nämlich festgestellt werden (eventuell durch Geschworne § 298 Str. P. O.), ob der Angeklagte zur Zeit der Tat und bei ihrer Begehung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen habe.[1])

Das österreichische Strafgesetzbuch führt ein ganz eigenartiges System ein, es unterscheidet nämlich: 1. das Zeitalter der Kindheit, bis zu dem vollendeten 10. Jahre; 2. das Zeitalter der Unmündigkeit vom 11. bis zu dem vollendeten 14. Jahre und 3. das Zeitalter der Strafmündigkeit vom 15. Jahre an (§§ 237 und 269 bis 273 Str. G. B.).

Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und österreichischen System besteht darin, daß in der zweiten Epoche die Frage der Einsicht keinen Gegenstand der richterlichen Würdigung bildet, man erwägt nicht, ob der Beschuldigte als strafmündig oder als ein unzurechnungsfähiges Kind zu betrachten ist, sondern es bekommt seine strafbare Handlung im vorhinein ein charakteristisches Merkmal und nämlich:

1. das zwischen dem 10. und 14. Lebensjahre begangene Verbrechen wird als eine Übertretung zugerechnet und bestraft; es lautet die Bestimmung des § 237 Str. G. B.: „aber von dem

---

Kinder im Alter von 7 bis 8 Jahren abzusehen, wie auch das Zirkular des Justizministers vom 11. März 1876 (Bull. off. minist. just. année 1876, p. 46), das den Gerichten die Vorschriften des obangeführten in Erinnerung bringt, bilden keinen prinzipiellen Bruch, weil sie die Ausnahmsfälle, in welchen der Minderjährige unter 7 Jahren zur Verantwortung gezogen wird, nicht ausschließen (vgl. Garraud, I, 327, N. 5).

[1]) Interessant ist es zu vergleichen, wie schwankend die Altersgrenze ist, bis zu welcher die unbedingte Unzurechnungsfähigkeit nach verschiedenen Gesetzgebungen reicht: so nimmt England 7 Jahre an, Rumänien 8, Spanien 9, Holland, Norwegen, Portugal, Rußland 10 Jahre, Deutschland 12 Jahre (vgl. Liszt, Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung S. 24, 196, 229, 284, 347, 507, 543, 626); die bei Garraud, Traité I, 326 angegebene Tabelle ist ziemlich ungenau.

angehenden 11. bis zu dem vollendeten 14. Jahre werden Handlungen, die nur wegen Unmündigkeit des Täters nicht als Verbrechen zugerechnet werden (§ 2 lit. *d*), als Übertretungen bestraft" (§§ 269 und 270.[1])

2. Vergehen und Übertretungen, begangen zwischen dem 10. und 14. Lebensjahre, sollen nur pädagogisch gestraft werden, es soll nämlich die Bestrafung der Unmündigen ihren Eltern, beziehungsweise ihrem Vormunde anvertraut werden, und im Falle, wenn das nicht tunlich oder die Vollziehung des Auftrages fraglich wäre, soll dies die Sicherheitsbehörde besorgen.

„Die von Unmündigen begangenen strafbaren Handlungen der zweiten Art werden insgemein der häuslichen Züchtigung, in Ermanglung dieser aber oder nach dabei sich zeigenden besonderen Umständen der Ahndung und Vorkehrung der Sicherheitsbehörde überlassen" (§ 273).

Was die im ersten Stadium (bis zum vollendeten 10. Jahre) begangenen strafbaren Handlungen anbelangt, so entziehen sich dieselben überhaupt der Ingerenz von Seiten der Gerichte.[2])

---

[1]) Diese Vorschrift findet trotz des Anscheines einer vollständigen Originalität ihr Analogon in der französischen Strafgesetzgebung: wenn der Minderjährige unter 16 Jahren als mit Einsicht Handelnder anerkannt und infolgedessen eines die Zuständigkeit der Geschwornen (Jury) begründenden Verbrechens (crime) beschuldigt wird, soll nach den Vorschriften des Gesetzes vom 25. Juni 1824 (das nach der Revision vom Jahre 1832 zu Art. 68 Code pénal einverleibt wurde) prinzipiell (mit Ausnahmen bei Garraud I, 338 bis 339) durch das Tribunal correctionnel, das in der Regel nur für Vergehen (délits) zuständig ist (vgl. Garraud I, 337 ff.), geurteilt werden, und außerdem bekommen die Strafen, die in diesem Falle platzgreifen, ein anderes „korrektionelles" Merkmal (en toute matière criminelle, l'âge de l'accusé change la nature des peines à prononcer et substitue aux peines afflictives ou infamantes, un emprisonnement correctionnel toujours temporaire Garraud II, 211, vgl. Cod. pén. art. 67, 69, 321—326). Das ist schon nicht unser Milderungsumstand nach § 52 Str. G. B. (Alter unter 20 Jahren), das ist etwas mehr: ein von einem Unmündigen begangenes Verbrechen, obgleich er mit Einsicht gehandelt hat, wird als ein Vergehen betrachtet.

[2]) Wir sagen „Gerichte" und nicht „Behörden", weil wir die Einschreitung der Polizei nicht ausschließen, insbesondere in einem Falle, der dem im § 273 Str. G. B. vorgesehenen analog wäre; ratio legis bleibt hier dieselbe: Mangel an Aufsicht und häuslicher Disziplin soll die Sicherheitsbehörde ersetzen; wie in Vermögensangelegenheiten und in Sachen der Erziehung der Staat in der Form eines vormundschaftlichen Gerichtes auftritt, so

„Die strafbaren Handlungen, die von Kindern bis zu dem vollendeten 10. Jahre begangen werden, sind bloß der häuslichen Züchtigung zu überlassen" (§ 237 Str. G. B.).

Wir haben nicht die Absicht, die sonst interessanten Fragen zu behandeln, die sich auf die von Unmündigen dieser Art begangenen strafbaren Handlungen beziehen; auch ist es kein Gegenstand unserer Ausführungen die präventive Tätigkeit der Behörden bezüglich der verwahrlosten, verbrecherischen Jugend; wir wollen uns ausschließlich mit dem Vorverfahren befassen, das die Gerichtsbehörden einzuleiten haben, wenn ein solcher Fall stattfindet und Zweifel obliegen, ob der faktische Zustand die Anwendung der milderen Vorschriften des Gesetzes begründet, wenn also der Beschuldigte, der sich objektiv ein Verbrechen, Vergehen oder Übertretung hat zuschulden kommen lassen, angibt, er habe das 14., eventuell 10. Lebensjahr nicht vollendet, infolgedessen entweder derselbe, wenn seine Angaben wahr sind, anders zu bestrafen, oder sogar das Strafverfahren einzustellen wäre.

Wir wollen uns folgender Einteilung bedienen:

1. Das Verfahren vor dem Untersuchungsrichter und

2. das Verfahren vor dem Bezirksrichter, der im eigenen nicht übertragenen (§ 9 Abs. 2, § 12 Abs. 2 Str. P. O.) Wirkungskreise das Amt handelt.

Unter 1 wollen wir jene Fälle besprechen, in welchen der Täter beschuldigt wird, ein Verbrechen oder Vergehen begangen zu haben und sich auf sein Alter (unter 14 Jahren) beruft.

Unter 2, wenn der Täter einer Übertretung beschuldigt wird und angibt, noch nicht 14 Jahre alt zu sein, oder eines Verbrechens, das infolge seines Alters (§ 269 *a* Str. G. B.) schon als Übertretung betrachtet werden soll und nicht sicher ist, ob der Täter zur Zeit der Tat 10 Jahre alt war.

---

kann er auch die Disziplinargewalt über die Unmündigen durch die Polizei ausüben. Vollkommen richtig Herbst bei § 273 (II, 43): „Wenn bei derlei Übertretungen die Sicherheitsbehörde einschreitet, so tut sie dieses nicht als ein Gericht, sondern als Sicherheitsbehörde, daher auch nicht nach den Vorschriften und Formen des Strafverfahrens und mit Schöpfung eines Straferkenntnisses, sondern es kommt hierbei ihrem klugen Ermessen jener freiere Spielraum zu, welcher überhaupt bei Behandlung der Polizeigeschäfte im Gegensatze zur Justizpflege vorhanden ist."

Erster Abschnitt.

Das Vorverfahren vor dem Untersuchungsrichter kann bezüglich der in Rede stehenden strafbaren Handlungen zwei Arten von Delikten umfassen: Verbrechen oder Vergehen, und kann eingeleitet werden: *a)* wider Personen über 14 Jahren und gleichzeitig wider Personen unter 14 Jahren, die beschuldigt sind, an derselben strafbaren Handlung teilgenommen zu haben, *b)* ausschließlich wider Personen unter 14 Jahren.

Das Vorverfahren vor dem Untersuchungsrichter ist entweder Vorerhebung oder Voruntersuchung. Diesen zwei Gattungen des Vorverfahrens entsprechen zwei Formen der präventiven Einschränkung der persönlichen Freiheit des Verdächtigten, beziehungsweise Beschuldigten, namentlich:

vorläufige Verwahrung nach § 175 ff. Str. P. O. und Untersuchungshaft nach § 180 ff. Str. P. O.

Wir sollen entscheiden, ob überhaupt und in welchen Fällen der Untersuchungsrichter die beiden Arten des Vorverfahrens und der präventiven Verhaftung den Unmündigen unter 14 Jahren gegenüber anwenden darf, ob niemals, eventuell welche von den beiden.

Als Ausgangspunkt muß für uns dienen: *a)* die Charakteristik, *α)* der beiden Arten des Vorverfahrens, *β)* der beiden Arten der präventiven Verhaftung, und außerdem *b)* die Erledigung der Frage, ob eine strafbare Handlung schon deswegen, weil von einem Unmündigen unter 14 Jahren begangen, ein anderes Merkmal und andere Bedeutung hat, insbesondere, ob eine strafbare Handlung, die das Strafgesetz objektiv als Verbrechen bezeichnet, ipso facto, weil sie ein Unmündiger unter 14 Jahren sich zu Schulden kommen ließ, zu einer Übertretung wird?

1. Die Vorerhebung und die Voruntersuchung.

Das Vorverfahren hat zum Zweck die Sammlung des Beweismateriales, auf Grund dessen die Anklageschrift verfaßt, beziehungsweise später das Strafurteil gefällt werden soll. Obgleich prinzipiell sowohl die Vorerhebung, als auch die Voruntersuchung denselben Zweck verfolgt, so besteht doch zwischen den beiden ein grundsätzlicher Unterschied.

Im Zuge der Vorerhebung besteht kein festgestellter, objektiver und subjektiver Tatbestand, wir haben weder mit dem Schuldigen, noch mit einer genau präzisierten strafbaren Handlung zu tun, wir verfügen nur über ein rohes Material, wir wissen höchstens, was materiell verübt wurde, wir wissen jedoch oft nicht, wer es getan hat, wer der Schuldtragende ist und unter welche Strafbestimmung die Tat fällt.

Diese Frage zu beantworten und das Resultat festzustellen, ist Aufgabe der Vorerhebung. Anders in der Voruntersuchung: wir haben hier mit einer genau präzisierten Ansicht des Anklägers und Untersuchungsrichters, beziehungsweise der Ratskammer (im Falle, wenn der Untersuchungsrichter Bedenken gehabt hätte und infolgedessen dem Antrage des Staatsanwaltes nicht beigetreten ist [vgl. § 92 Abs. 3 Str. P. O.], oder wenn der Beschuldigte gegen die Voruntersuchung Beschwerde führt [vgl. § 113 Str. P. O.] zu tun) — sowohl der Ankläger als der Untersuchungsrichter betrachten die gegebene Person als schuldig, die bestimmte strafbare Handlung begangen zu haben, und wenn das Vorverfahren noch weitergeführt wird, so erfolgt das nur behufs der Sammlung eines zur Überweisung dritter Personen (des Tribunals, der Geschwornen) dienlichen und nötigen Materials. Der Ankläger und die Untersuchungsorgane stellen sich als Aufgabe, die vorläufige Prüfung (§ 91 Abs. 2 Str. P. O.), ob ihre Meinung stichhältig ist.

Dieser Unterschied wird vorzüglich durch §§ 88 Abs. 1 und 90 Str. P. O. einerseits und §§ 91 Abs. 2 und 92 Abs. 1 Str. P. O. anderseits hervorgehoben.

§ 88 Abs. 1 Str. P. O. bestimmt, daß die Vorerhebungen zu dem Zwecke geführt werden, um die nötigen Anhaltspunkte für die Veranlassung des Strafverfahrens wider eine bestimmte Person oder für die Zurücklegung der Anzeige zu erlangen. § 90 wiederholt diesen Ausdruck.

Wie wir sehen, gibt es im Stadium der Vorerhebung kein Verfahren wider eine bestimmte Person,[1]) obgleich ein Strafverfahren

[1]) Infolgedessen behauptet Vargha (233 Str. P. O.), daß die Vorerhebung nicht in den Bereich des Strafprozesses fällt: „Das Erkenntnisverfahren, von dem einerseits die noch außer dem Prozesse liegenden Vorerhebungen ... scharf zu trennen (sind), zerfällt: in ein Vorverfahren" usw. Auf diese Weise gehört nach der Ansicht Vargha's die Vorerhebung

besteht; es fehlt jedoch eine individuell bezeichnete Person des Täters, beziehungsweise eine festgestellte Schuld.

Die Vorerhebung wird höchstens im Hinblick auf eine gewisse Person, niemals wider eine bestimmte Person geführt.

§ 91 Abs. 2 lautet dafür: „Die Voruntersuchung hat den Zweck, die gegen eine bestimmte Person erhobene Anschuldigung einer strafbaren Handlung einer vorläufigen Prüfung zu unterwerfen."

Hier haben wir schon mit einem Beschuldigten und einer bestimmten Anschuldigung zu tun.

§ 92 Abs. 1 erwähnt ausdrücklich, daß die Voruntersuchung nur wegen solcher strafbaren Handlungen und nur gegen diejenigen Personen eingeleitet werden darf, bezüglich deren dem Untersuchungsrichter ein darauf abzielender Antrag eines berechtigten Anklägers vorliegt.

Streng genommen besteht zwischen der Beschuldigung durch Einleitung der Untersuchung und förmlicher Anklage (§ 207 Str. P. O.) ein weit kleinerer Unterschied, als zwischen den Vorerhebungen im Hinblick auf eine gewisse Person einerseits und Einleitung der Voruntersuchung gegen dieselbe als Beschuldigte anderseits. Schon die Voruntersuchung, nicht erst die Anklage brandmarkt den Beschuldigten, während der Verdächtigte bei den Vorerhebungen seine Ehre noch nicht einbüßt. Beweise, daß die Stellung des Beschuldigten während der Voruntersuchung und des Angeklagten sehr analog und grundsätzlich jener des Verdächtigen während der Vorerhebung entgegengesetzt ist, liefert uns die Strafprozeßordnung:

1. Vor allem sehr charakteristisch ist der Wortlaut des § 38 Abs. 1 Str. P. O.: „Derjenige, welchen der Verdacht einer strafbaren Handlung trifft, kann als Beschuldigter erst dann angesehen werden, wenn gegen ihn die Anklageschrift oder der Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung eingebracht wurde."

---

selbst nicht zu dem Vorverfahren. Meines Erachtens geht diese Behauptung zu weit, da jedenfalls die Tätigkeit des Untersuchungsrichters, Bezirksgerichtes oder Staatsanwalts mit Zuhilfenahme der Sicherheitsbehörden, behufs der Sammlung des Beweismaterials in den Bereich des Strafverfahrens fällt. Derselben Ansicht sind Rulf, Der österr. Strafprozeß, 3. Aufl., S. 79; Fuchs, Holtzendorffs, Handbuch, I, 423 ff.; Mitterbacher-Neumayer, 214.

Das ist eine grundsätzliche Vorschrift, die noch an Kraft gewinnt, wenn man sie mit dem Wortlaute des 3. Absatzes desselben Paragraphen vergleicht, der eine Ausnahme von dem oberwähnten Grundsatze bildet und nämlich für alle Situationen, bei welchen der Unterschied zwischen dem Beschuldigten und Verdächtigen, der Voruntersuchung und Vorerhebung schwindet, z. B. die Zuhilfenahme des Verteidigers (§ 45), Behandlung der Verhafteten (§§ 183 bis 189), die Freilassung nach Einstellung (§ 90), die Einvernehmung des Verdächtigen oder Beschuldigten angesichts der Frage der Wiederaufnahme (§ 363 Abs. 1 und § 352). Als Grundsatz gilt also jedenfalls, daß für die Stellung des Beschuldigten zwischen der Anklage und Voruntersuchung kein Unterschied besteht, daß wiederum die Stellung des Verdächtigen während der Vorerhebung und die Stellung des Beschuldigten in der Voruntersuchung prinzipiell eine andere ist.

2. Laut § 48 Abs. 1 Str. P. O., wenn der Staatsanwalt die Anzeige des Verletzten zurückweist und die gerichtliche Verfolgung, sei es sofort, sei es nach Vornahme von Vorerhebungen (§ 90) ablehnt, kann der Beschädigte die Subsidiarklage einreichen, d. i. bei der Ratskammer die Einleitung der Voruntersuchung beantragen — ohne Rücksicht auf irgend eine Frist mit Ausnahme der zur Verjährung vorgeschriebenen.

Dafür soll im Falle der Einleitung einer formellen Voruntersuchung bis zum Momente der rechtskräftigen Versetzung in den Anklagestand, d. i. auch nach der Einbringung der Anklageschrift der Privatbeteiligte binnen drei Tagen nach erfolgter Verständigung mündlich oder schriftlich beim Untersuchungsrichter die Erklärung abgeben, daß er die Verfolgung aufrecht erhalte, und wenn er von dem Rücktritte des Staatsanwaltes nicht ämtlich verständigt wurde, so kann er diese Erklärung binnen drei Monaten nach der Einstellung des Verfahrens abgeben (§ 48 Abs. 2 Str. P. O.).

Diese dreitägige, respektive dreimonatliche Frist darf nicht überschritten werden, ihre Versäumung hat für den Privatbeteiligten den Verlust der Anklage zur Folge (vgl. Mitterbacher-Neumayer 146; Krall, Ger.-Ztg. Nr. 98, 1873; Mayer, I, 209).

Es ist klar, daß man, solange auf einer Person der schwere Vorwurf, ein Verbrechen begangen zu haben, nicht lastet, das Strafverfahren einzustellen und wieder einzuleiten gestatten darf —

bis zur Verjährung der strafbaren Handlung, anders im Falle, wenn die Voruntersuchung eingeleitet oder die Anklage erhoben worden ist; mit diesem Moment fängt die Lage des Beschuldigten an, bedenklich zu werden; in seinem Interesse liegt es, aus derselben ehetunlichst sich zu befreien, deswegen muß der Privatbeteiligte binnen drei Tagen a tempore scientiae, eventuell binnen drei Monaten seit der Einstellung der Voruntersuchung sich entscheiden, ob er als Subsidiarankläger auftreten will oder nicht. Längere als eine dreimonatliche Dauer dieser unangenehmen Lage des Beschuldigten ist nach der Einstellung der Voruntersuchung angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes ausgeschlossen.

3. Wird die Voruntersuchung eingestellt, so sind der Ankläger, der Privatbeteiligte und der Beschuldigte hiervon zu verständigen ... lautet § 110 Abs. 1 Str. P. O. Die Verständigung liegt dem Untersuchungsrichter ob. Werden die Vorerhebungen eingestellt, so wird der Verdächtige nicht verständigt, wenn er auch als solcher einvernommen worden ist, da § 90 Str. P. O. in dieser Hinsicht keine Vorschrift enthält; obgleich er sonst ausdrücklich ausspricht, daß der etwa verhaftete Beschuldigte sofort auf freien Fuß zu setzen ist.

Die Verständigung des Verdächtigen betrachtet das Gesetz als entbehrlich, weil denselben noch niemand gebrandmarkt hat, das Resultat der Vorerhebungen soll also für ihn gleichgiltig bleiben; es verständigt ja die Sicherheitsbehörde die Verdächtigen nicht, wie die Nachforschungen ausgefallen sind; anders in der Voruntersuchung, es kann für den Beschuldigten nicht gleichgiltig bleiben, ob der Makel seiner Ehre anhaftet oder verschwindet.

Eine weitere Folge dieses Standpunktes ist es, daß auf das Verlangen des Beschuldigten demselben ein Amtszeugnis darüber ausgefertigt werden muß, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung gegen ihn vorhanden sei (§ 110 Abs. 2 Str. P. O.). Diese Pflicht erwähnt § 90 Str. P. O. im Falle der Einstellung der Vorerhebungen nicht.

Obgleich die Praxis mancher Gerichte und die Meinung mancher Schriftsteller (Mayer, Gernerth) die Ausstellung eines analogen Amtszeugnisses auch im Falle des § 90 gestattet, so behauptet jedoch niemand, daß es ausgestellt werden muß. Nach der communis opinio ist dieser Standpunkt eine Folge nicht der gesetzlichen Vor-

schrift, sondern der Gründe der Billigkeit; vom streng formellen Standpunkte aus ist die Ausstellung solcher Amtszeugnisse nach eingestellten Vorerhebungen ausgeschlossen und jedenfalls mit Schwierigkeiten in der Praxis verbunden (es darf doch der Staatsanwalt schon nach Einstellung der gerichtlichen Vorerhebungen, dieselben vermittels der Sicherheitsbehörden fortsetzen, vgl. sonst § 363 Abs. 1 Str. P. O.).

Aus diesen Gründen behaupten wir, daß die Voruntersuchung, insoweit es sich um die Stellung des Angeklagten handelt, dem Stadium der Anklage weit näher als dem der Vorerhebungen steht, und daß von diesem Gesichtspunkte aus zwischen den Vorerhebungen und der Voruntersuchung ein prinzipieller Unterschied besteht.

Wir müssen die Tatsache feststellen: die Voruntersuchung wird wider eine bestimmte Person wegen einer dem Gesetze entsprechend bestimmten strafbaren Handlung geführt, während die Vorerhebungen nur die Vorbereitung des Materials zur objektiven und subjektiven Präzisierung eines diesbezüglichen Vorwurfes zur Aufgabe haben.

2. Die vorläufige Verwahrung und die Untersuchungshaft.

Die vorläufige Verwahrung und die ordentliche Untersuchungshaft bilden, streng genommen, eine und dieselbe Institution, deren Inhalt präventive Verhaftung der einer strafbaren Handlung verdächtigen Person ist. Der Unterschied zwischen beiden Typen dieser Institution ist rein formell, er hängt nämlich davon ab, ob diese Verhaftung während der Voruntersuchung oder während der Vorerhebungen stattfindet. Den Vorerhebungen gesellt sich die vorläufige Verwahrung zu, der Voruntersuchung die Untersuchungshaft. Diese Institution der präventiven Verhaftung ändert ihren Charakter je nach der Art des Verfahrens: während der Vorerhebungen dauert sie kurz, provisorisch, bis zur Fassung eines definitiven Beschlusses; während der einmal beschlossenen Voruntersuchung gewinnt sie an Dauer.

Der Unterschied zwischen beiden Typen der präventiven Verhaftung entspringt in der Praxis nicht so sehr aus ihrem Wesen, als aus dem Wesen der entsprechenden Arten des Vorverfahrens.

Eine Ausnahme bildet die Haft infolge der Betretung auf frischer Tat oder unmittelbar nach der Tat, oder in analogen Fällen der amtlichen Nacheile oder öffentlichen Nachrufes, weil sie sich niemals in Untersuchungshaft umwandeln kann, sie hat nämlich nur zum Zwecke, direkte Beweise der Schuld, die zur Einleitung der Voruntersuchung hinreichend sind, zu liefern; sie bildet also nur ein der definitiven Entscheidung vorgreifendes Mittel. Angesichts der Schwankung der Vorerhebungen ist die vorläufige Verwahrung ein Attribut der diskretionären Gewalt des Richters, niemals bildet sie eine Pflicht desselben. (Die kategorische Vorschrift des § 175 Str. P. O. letzt. Abs. hat angesichts der Tatsache, daß der Untersuchungsrichter selbst zu entscheiden hat, ob es sich „um ein Verbrechen handelt, bei welchem nach dem Gesetze auf die Todesstrafe oder auf mindestens zehnjährige Kerkerstrafe zu erkennen ist", eine illusorische Bedeutung.)

Dafür ist die ordentliche Untersuchungshaft in gewissen Fällen obligatorisch, nämlich „wenn es sich um ein Verbrechen handelt, bei welchem nach dem Gesetze auf die Todesstrafe oder auf mindestens zehnjährige Kerkerstrafe zu erkennen ist". (In diesem Falle ist der Untersuchungsrichter, was die Entscheidung über die Zulässigkeit der Untersuchung und Qualifikation der Tat anbelangt, durch den Antrag des Staatsanwaltes, beziehungsweise Beschluß der Ratskammer gebunden.)

Der Zusammenhang der Verhaftung mit der entsprechenden Art des Vorverfahrens reicht bis zu den Rechtsmitteln: gegen die Führung der Vorerhebungen wider eine bestimmte Person (z. B. gegen die Einvernehmung derselben als „Verdächtigen") gibt es kein Rechtsmittel (anders wenn es sich um eine „Verfügung" des Untersuchungsrichters handelt), so gibt es auch gegen die vorläufige Verwahrung, ohne Rücksicht, ob sie der Untersuchungsrichter oder Bezirksrichter anordnet, kein Rechtsmittel. (Ullmann, II, 432; Amschl, Beiträge, 29 ff., contra Waser, G.-Ztg. Nr. 79, 1875; Mayer, I, 400.)

Anders verhält sich die Sache mit der Voruntersuchung und der Untersuchungshaft.

Die Voruntersuchung wird erst mit ihrer formellen Einleitung (Annahme des staatsanwaltschaftlichen Antrages durch das Gericht) perfekt (§ 96 Str. P. O.). Gegen diese formelle Verfügung steht

dem Beschuldigten das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (§ 113 Str. P. O.) und sollte die Ratskammer der Beschwerde zufolge die Voruntersuchung eingestellt haben, steht dem Staatsanwalte oder Privatankläger die Beschwerdeführung an den Gerichtshof zweiter Instanz offen (§ 114 Str. P. O.).

Ähnlich hat der Beschuldigte gegen die Verhängung der Untersuchungshaft das Rechtsmittel der Beschwerde ebensogut bei der Ratskammer wie beim Oberlandesgerichte (§§ 113, 114 Str. P. O.)

Daß zwischen der Untersuchungshaft und der vorläufigen Verwahrung, was das Wesen und den Inhalt anbelangt, kein Unterschied besteht, beweist die technische Durchführung beider. Daß dieselbe vollkommen identisch ist, folgt daraus, daß der dritte Teil des XIV. Hauptstückes, intituliert: „Behandlung der Untersuchungsgefangenen", im vorhinein beide Arten der präventiven Verhaftung vollkommen gleich behandelt: „Die Untersuchungshaft sowie die vorläufige Verwahrung eines Beschuldigten ist mit möglichster Schonung der Person und der Ehre derselben zu vollziehen." (§ 183 Str. P. O.)

Eine gewisse Differenzierung in der Behandlung der Verhafteten findet ihre Begründung entweder in dem individuellen Verhalten derselben (die Fesselung darf nur bei einem besonders widerspänstigen, gewaltthätigen oder Andere aufreizenden Benehmen, sowie wegen Versuches oder Vorbereitung zur Flucht stattfinden: vgl. § 4 des Gesetzes vom 15. November 1867, R. G. Bl. Nr. 131, und § 188 Str. P. O.) oder in der Höhe der ihnen drohenden Strafe. (Vgl. § 29 Abs. 3 V. V. Einem Verhafteten, welcher eines Verbrechens beschuldigt ist, das mit Todes- oder mindestens fünfjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, dürfen immer nur solche Speisen gereicht werden, welche in der Gefangenanstalt zubereitet worden sind.)

Es hat jedoch diese Differenzierung keinen Zusammenhang mit dem Charakter der einen oder anderen Art der präventiven Verhaftung.

Über den Charakter der präventiven Verhaftung entscheidet nicht die Länge der Dauer, weil, wenn auch die vorläufige Verwahrung möglichst kurz dauern soll und das Gesetz gewisse einschränkende Fristen enthält (24 Stunden, beziehungsweise 3 Tage, vgl. § 179 Str. P. O., 8 Tage und 3 Tage vgl. § 89 Abs. 3 Str. P. O.),

so kennt jedoch die Strafprozeßordnung gewisse Typen der präventiven Verhaftung, die mit der ordentlichen Untersuchungshaft nichts Gemeinsames haben und trotzdem, was ihre Dauer anbelangt, in sehr weiten Grenzen sich bewegen:

1. § 39 Str. G. schreibt vor: „Hat ein Fremder im Auslande ein anderes als die im vorstehenden Paragraphe bezeichneten Verbrechen begangen, so ist er bei seiner Betretung im Inlande zwar immer in Verhaft zu nehmen, man hat sich aber sogleich mit demjenigen Staate, wo er das Verbrechen begangen hat, über die Auslieferung desselben ins Vernehmen zu setzen."

Eine Erläuterung dieser Vorschrift enthält § 59 Str. P. O. . . . „Auf ein solches Verlangen der Auslieferung (von Seite einer ungarischen oder ausländischen Behörde) oder auf erlassene Steckbriefe ist zwar gegen die Entscheidung des Beschuldigten die nötige Vorkehrung zu treffen."

Es ist zweifellos, daß weder § 39 Str. G. unter „Verhaft", noch § 59 Str. P. O. unter „nötige Vorkehrung" die ordentliche Untersuchungshaft versteht; denn es handelt sich hier um eine rein provisorische Maßregel mit Rücksicht auf die im Auslande schon eingeleitete oder einzuleitende Voruntersuchung — eine Voraussetzung der Anwendung dieser Maßregel bildet die Inkompetenz der inländischen Gerichte im gegebenen Momente zur Durchführung des Vorverfahrens in merito.

Das verhaftende Gericht kann erst dann kompetent werden, wenn das Auslieferungsverfahren mit keinem positiven Resultat gekrönt werden sollte; vorläufig aber sucht es, ohne in die Entscheidung in merito einzugehen, die dem diesbezüglichen Auslieferungsvertrage entsprechenden Auslieferungsgründe zu finden, befaßt sich nicht mit der Schuldfrage, sammelt nicht die Beweismittel wider den Beschuldigten, sucht weder sich noch den Verhafteten seines Verbrechens zu überweisen, beschränkt sich nur auf die Feststellung rein formeller Umstände, ob in einem fremden Staate die Verfolgung des Beschuldigten und nämlich wegen eines dem Vertrage entsprechenden Verbrechens angefangen worden ist (vgl. Lammasch, Auslieferungspflicht S. 538 bis 544).

Das inländische Gericht spielt in diesem Falle die Rolle eines nichtkompetenten Gerichtes unter den im § 177 Str. P. O. vorgesehenen Umständen.

Obgleich im gegebenen Falle von der ordentlichen Untersuchungshaft keine Rede ist und nur vorläufige Verwahrung stattfindet,[1]) dauert die präventive Verhaftung gewöhnlich ein paar Wochen oder sogar ein paar Monate aus Rücksicht auf den in der Regel (mit Ausnahme der Verhandlungen mit dem deutschen Kaiserreiche) obligatorischen diplomatischen Weg.

2. Laut § 396 Str. P. O. ist jeder durch ein Urteil freigesprochene Angeklagte, wenn er verhaftet war, sogleich nach der Verkündung des Urteiles in Freiheit zu setzen; es wäre denn, daß *a)* die Ergreifung eines Rechtsmittels mit aufschiebender Wirkung oder *b)* andere gesetzliche Gründe seine fernere Verwahrung nötig machten.

Diese Verwahrung im Falle *a)* hat nicht den Charakter der Untersuchungshaft (vgl. Mayer III, S. 535), auch nicht der vorläufigen Verwahrung im Sinne des § 175 Str. P. O., sondern ist eine präventive Verhaftung, welche die eventuelle Flucht verhindern, die Vollstreckung des Urteiles sichern soll. Aus denselben Gründen gibt es gegen diese Verwahrung entweder kein Rechtsmittel oder, wenn es eines gibt, entscheidet darüber der Gerichtshof erster Instanz außerhalb der Hauptverhandlung, niemals die Ratskammer.[2])

Die Dauer dieser Verwahrung ist selbstverständlich durch keine gesetzliche Frist beschränkt.

---

[1]) Lammasch, Auslieferungspflicht, S. 55 ff., 664 ff., nimmt an, daß die „vorläufige Verwahrung" des Beschuldigten mit dem Momente „der förmlichen Anbringung eines Begehrens um Auslieferung eines verfolgten Individuums" (S. 669) sich in eine ordentliche „Untersuchungshaft" (656), „eigentliche Auslieferungshaft" (663) umwandelt. Diese Differenzierung scheint nicht begründet zu sein, wir erlauben uns hervorzuheben, daß mit diesem Momente eben festgestellt wird, daß die ausländische Behörde das weitere Verfahren wider den Beschuldigten übernimmt, und die inländische Untersuchung vermutlich ausgeschlossen ist.

Sonst spricht die Differenzierung Lammaschs nicht gegen unsere Behauptung, daß die vorläufige Verwahrung während des Auslieferungsverfahrens länger dauert, da bekanntlich zur förmlichen Anbringung des Auslieferungsbegehrens im diplomatischen Wege wenigstens zwei Wochen nötig sind.

[2]) Das Argument, daß die Ratskammer in diesem Falle nicht als ein die Untersuchung beaufsichtigendes Organ, sondern als „Behörde, die berufen ist, über alle im Verfahren wegen Verbrechen außerhalb der Schlußverhandlung gestellten Anträge der Parteien Beschluß zu fassen" (Mayer, III, 536; Waser, G. Z. 1877 Nr. 28, 1878 Nr. 63, 1881 Nr. 3), ist nicht stichhältig,

Wir sehen, daß das charakteristische Merkmal der Untersuchungshaft die gleichzeitig geführte Untersuchung bildet; Untersuchungshaft außerhalb der Untersuchung ist eine contradictio in adjecto, darf weder vor der Einleitung der Untersuchung im Laufe der Vorerhebungen, noch nach dem Schlusse[1]) der Voruntersuchung stattfinden.

Deswegen ist auch naturgemäß aus Rücksicht, daß es in den Strafsachen wegen Übertretung keine formelle Untersuchung gibt, die Untersuchungshaft wider Personen, welche wegen einer Übertretung verwahrt werden, nicht statthaft.

3. Das Verbrechen des Minderjährigen unter 14 Jahren.

Es ist eine prinzipielle Frage zu beantworten: ob eine strafbare Handlung, welche ein Minderjähriger unter 14 Jahren begangen hat, und welche Verbrechen wäre, wenn der Täter 14 Jahre alt wäre, ipso facto zu einer Übertretung unter Verlust aller Merkmale eines Verbrechens wird, oder ob sie Verbrechen bleibt und

---

da eine solche Befugnis der Ratskammer außerhalb der Untersuchung nicht existiert.

Die Kompetenz des erkennenden Gerichtshofes (Zucker, G. Z. Nr. 12 1881; Amschl, Beiträge 41 ff.) ist deswegen nicht begründet, da derselbe mit der Fällung des Urteiles seine Aufgabe gelöst hat, die weitere Amtshandlung ist Sache eines speziellen, aus drei Richtern bestehenden Senates (§ 13 letzter Absatz Str. P. O).

[1]) Die durch den Ankläger in der Anklageschrift beantragte Haft (§ 207 Abs. 5 Str. P. O.) hat zweifellos den Charakter der Untersuchungshaft, es weist darauf hin das in diesem Falle dem Beschuldigten zustehende Rechtsmittel, nämlich das während der Untersuchung (§§ 113, 114, 196 Str. P. O.) gestattete Rechtsmittel der Beschwerde bei der Ratskammer, eventuell bei dem Oberlandesgericht (§ 208 Abs. 2, § 210 Abs. 5 Str. P. O.).

Dafür hat die Haft, nachdem der Beschuldigte rechtskräftig in den Anklagestand versetzt worden ist, bis zur Urteilsfällung und selbstverständlich bis zum Antritt der Strafe mit der Untersuchungshaft nichts Gemeinsames, hat bloß den Charakter der präventiven Verwahrung und somit ist das Rechtsmittel der Beschwerde ausgeschlossen — und nur Aufhebung gegen Kaution oder Bürgschaft, da dieselben in jedem Stadium des Verfahrens (vgl. Mayer, I. 683, Abs. 8), insoweit das Gesetz ausdrücklich oder indirekt dieselben nicht ausschließt, zulässig sind, stattfinden kann.

Diese präventive Verhaftung wird jedoch zu einer ordentlichen Untersuchungshaft, wenn die schon rechtskräftige Anklageschrift von dem Ankläger

nur als Übertretung bestraft werden soll, ob also das Alter des Täters für die Frage der Zurechnung, oder für die Frage der Strafe ausschlaggebend ist.

Zweifellos muß für uns als Ausgangspunkt in erster Linie der Wortlaut der entsprechenden Vorschriften des Strafgesetzes (§§ 237, 269*a* Str. G.) dienen:

> § 237 gebraucht den Ausdruck: „strafbare Handlungen der Kindheit" und „die strafbaren Handlungen, die von Kindern bis zu dem vollendeten 10. Jahre begangen werden", anderseits wiederum in der Marginalrubrik den Ausdruck: „Verbrechen der Unmündigen vom 11. bis zum 14. Jahre."

Aus dieser Zusammenstellung ließe sich folgern, daß die strafbaren Handlungen Minderjähriger bis zum 10. Lebensjahre nicht als Verbrechen betrachtet werden dürfen, daß aber Minderjährige im Alter vom 10. bis zum 14. Lebensjahre sich ein Verbrechen zuschulden kommen lassen können.

Darauf scheint der Wortlaut des § 269*a* Str. G. hinzuweisen: „Strafbare Handlungen, welche nach ihrer Eigenschaft Verbrechen wären, aber, wenn sie Unmündige begehen, nach § 237 nur als Übertretungen bestraft werden" — nur die Strafe aus Rücksicht auf das Alter der Täter solle gelinder sein, die Tat aber verliere den Charakter des Verbrechens nicht.

Gegen diese Interpretation spricht aber die Marginalrubrik des § 269*a* Str. G.: „Verbrechen, die wegen der Unmündigkeit nur als Übertretungen zugerechnet werden", sie sollen also nicht nur als Übertretungen bestraft werden, sie sind Übertretungen. Noch stärker spricht für diese Behauptung § 237 letzter Absatz Str. G.: „nur wegen Unmündigkeit des Täters nicht als Verbrechen zugerechnet werden (in Klammern § 2 lit. *d*), als Übertretungen bestraft."

In diesem Falle muß der obangeführte § 2 lit. *d* Str. G. als ausschlaggebend betrachtet werden.

---

zurückgezogen und gleichzeitig eine neue eingebracht wird (§ 227 Str. P. O.). Mit dem Momente tritt die Ratskammer in ihre Rechte wie bei der Einbringung der Anklage (§ 208 Str. P. O.) wieder ein und soll über die Haft des Angeklagten sogleich Beschluß fassen. Gegen die diesbezügliche Verfügung der Ratskammer kann der Beschuldigte zweifellos bei dem Oberlandesgerichte sich beschweren (Analogie des § 210 Abs. 3 Str. P. O.).

§ 2 Str. G. bespricht bekanntlich jene Handlungen und Unterlassungen, welche „nicht als Verbrechen zugerechnet" werden, und hier unter *d* lesen wir: „wenn der Täter noch das 14. Jahr nicht zurückgelegt hat" (§§ 237 und 269).

Es ist charakteristisch, daß § 2 Str. G. nur eine Fortsetzung des § 1 Str. G. bildet (vgl. das Wort „daher" im Anfange des § 2 Str. G.). § 1 Str. G. wiederum befaßt sich mit der Frage des bösen Vorsatzes. Eine strafbare Handlung, die ein Minderjähriger unter 14 Jahren begangen hat, darf also als Verbrechen nicht betrachtet werden, da demselben der böse Vorsatz fehlt.

Wir brauchen nicht hinzuzufügen, daß dieser Standpunkt theoretisch unhaltbar ist, weil aus demselben folgt, daß Minderjährige keine anderen als fahrlässige Handlungen begehen. Das Gesetz, anstatt festzustellen, daß die Zurechnungsfähigkeit Minderjähriger unter 14 Jahren, sowie ihre Verantwortlichkeit kleiner ist, konstruiert den Mangel an dolus.[1])

Derartige Konstruktion, im § 2 lit. *g* zum excessus defensionis angewendet, ist vollkommen berechtigt, weil die Überschreitung der Notwehr das Element der Fahrlässigkeit enthält, und deswegen ist die Behandlung derselben nach § 335 oder § 431 begründet, dafür ist diese Konstruktion, was strafbare Handlungen Minderjähriger unter 14 Jahren anbelangt, verfehlt.

Jedenfalls ist die Zusammenstellung in § 2 Str. G. der unter *d)* und *g)* befindlichen Vorschriften für den Charakter der durch Minderjährige begangenen Handlungen bezeichnend; charakteristisch ist weiter, daß § 2 lit. *d* in Klammern §§ 237, 269 zitiert, und weiter, daß § 2 lit. *g* im Schlußsatze bestimmt: „Eine solche Überschreitung kann jedoch nach Beschaffenheit der Umstände als eine strafbare Handlung nach Maßgabe der Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Strafgesetzes geahndet werden" und in Klammern wiederum §§ 335 und 431 anführt. Wenn § 2*d* anstatt lakonisch §§ 237, 269 zu zitieren, den darin enthaltenen Gedanken entwickeln wollte, so würde er sich folgenden Satzes bedienen: „solche strafbare Handlungen (welche ein Täter, der das 14. Lebensjahr nicht zurückgelegt hat, sich zuschulden kommen ließ) können

[1]) Vgl. Tomaschek, Ztschr. für österr. Rechtsgelehrs., Jahrg. 1841, S. 329, mit Bezug auf identische Vorschriften des Strafgesetzes vom Jahre 1803 (§ 2*d*, I. Th. und § 2[g], II. Th.).

jedoch je nach Alter des Täters nach Maßgabe der Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Strafgesetzes geahndet werden" und hier wäre es angebracht, §§ 237 und 269 zu zitieren.

Diese analoge Zitation der §§ 335 und 431 einerseits, der §§ 237 und 269 anderseits, und der Passus „nach Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Strafgesetzes" sind unseres Erachtens ausschlaggebend.

§ 233 Str. G. erklärt, was für strafbare Handlungen den Gegenstand des zweiten Teiles des Strafgesetzes bilden: „Die in diesem Teile des Strafgesetzes vorkommenden Vergehen und Übertretungen"... „Die Unkenntnis dieses Strafgesetzes kann also rücksichtlich der in demselben vorkommenden Vergehen und Übertretungen nicht entschuldigen."

Es folgt daraus, daß §§ 237 und 269 nur Vergehen oder Übertretungen, niemals Verbrechen enthalten können, und da Vergehen außer Betracht stehen, weil §§ 237 und 269 nur Verbrechen und Übertretungen erwähnen, so sind die objektive Merkmale der Verbrechen tragenden strafbaren Handlungen Minderjähriger unter 14 Jahren — Übertretungen.[1])

Was den Ausdruck „sind als Übertretungen zu bestrafen", aus welchem zu schließen wäre, daß nur die Strafe einer Übertretung angemessen sein soll, die strafbare Handlung aber Verbrechen bleibe, anbelangt, so ist dieser Ausdruck auch im § 236 Str. G. (Verbrechen in zufälliger Trunkenheit verübt) gebraucht, der ebensogut von der Zurechnung, wie von der Bestrafung handelt.

Wir wollen uns mit der grammatischen Interpretation und Berücksichtigung der entsprechenden Vorschriften mit Bezug auf den Geist des Strafgesetzes nicht begnügen, sondern noch gewisse Schlüsse aus der einen und der anderen Hypothese ziehen: als Probierstein sollen uns zwei Fragen, die der Verjährung und der Kompetenz der zur Aburteilung berufenen Gerichte, dienen.

---

[1]) Das Strafgesetz vom Jahre 1803 gebraucht in den analogen §§ 28, 29 II. Teiles den Ausdruck „Übertretungen". Die provisorische Strafprozeßordnung vom Jahre 1850 bildet eine bisher unbekannte Konstruktion „Vergehen" und begreift im Art. 9 lit. *B* 1 unter dieser Gesamtbenennung „die in den §§ 28 lit. *a* und 29 Str. G. II. Th. erwähnten Übertretungen von Unmündigen, welche, wenn sie von Mündigen begangen worden wären, ihrer Eigenschaft nach als Verbrechen behandelt werden würden".

I. Verjährung.

Es ist ein vollkommen logischer Schluß der Prämisse, daß ein Minderjähriger unter 14 Jahren Verbrechen begehen kann, wenn man annimmt, daß trotz der Anwendung des § 270 bezüglich der Strafe die Verjährung, was die zu ihrem Ablauf bestimmte Zeit anbelangt, nach den für Verbrechen bindenden Normen (vgl. I. Th. § 228 Str. G.) und nicht nach den für Übertretungen geltenden (II. Th. § 532 Str. G.) beurteilt werden soll. Dieser Folgerung steht auch der Wortlaut der entsprechenden Vorschrift nicht im Wege. Das Gesetz gebraucht in den §§ 227 bis 232 den Ausdruck „Verbrechen" naturgemäß, ohne das Verbrechen an sich von der subjektiven Seite desselben zu unterscheiden; wenn wir also annehmen, daß der Minderjährige unter 14 Jahren ein Verbrechen begehen kann, so kann, was die Zeit der Verjährung anbelangt, § 228 Str. G. Anwendung finden.

Der Wortlaut des § 228 Str. G. ist für diese Hypothese günstig: das Gesetz unterscheidet nämlich nicht, wie es tun könnte, Strafausmaß *a)* lebenslangen Kerkers, *b)* von 10 bis 20 Jahren, *c)* von 5 bis 10 Jahren, *d)* von einem Jahre bis zu 5 Jahren, *e)* von 6 Monaten bis zu 1 Jahre, sondern unterscheidet Verbrechen, geahndet mit *a)* lebenslänglichem Kerker, *b)* einer Strafe von 10 bis 20 Jahren, *c)* alle anderen Verbrechen.

Hätte das Gesetz die Differenzierung erster Art durchgeführt, so wie es könnte, wäre diese Hypothese unmöglich, da „Verschließung an einem abgesonderten Verwahrungsorte" (§ 270) höchstens 6 Monate dauern kann. Angesichts des im Gesetze gebrauchten Ausdruckes „alle anderen Verbrechen" — können auch „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren, obgleich sie nicht mit Kerker bestraft werden und bloß mit der Strafe einer höchstens 6monatlichen Verschließung geahndet sind, nach § 228 binnen 5 Jahren verjähren.

Eine vollkommen logische Folgerung — wenn sie jedoch dem Geiste des Gesetzes nicht entspricht — so trägt daran nicht der logische Prozeß, sondern eine irrtümliche Voraussetzung Schuld.

Wider die Annahme der Verjährung nach § 228 Str. G. spricht:

a) Die Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung. Wir wissen, daß §§ 237 und 269 vollkommen den §§ 4 und 28 des Strafgesetzes vom Jahre 1803 II. Th. entsprechen, daß diese letzteren im

II. Teile „von den schweren Polizey-Uebertretungen und dem Verfahren bey denselben" sich befinden; es ist bekannt, daß dieser Teil ein für sich abgeschlossenes Ganze bildet, da selbst für die Beurteilung der darin enthaltenen strafbaren Handlungen nicht Gerichte, sondern die politischen Behörden zuständig sind.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auf die Verjährung der strafbaren Handlungen unter 14 Jahren, welche sonst Verbrechen wären, und welche im § 28 II. Teiles „schwere Polizey-Uebertretungen" heißen, § 275 II. Teiles und nicht § 207 I. Teiles Anwendung findet.

b) Der Geist des Strafgesetzes vom Jahre 1852. Die Verjährung des österreichischen Strafgesetzes ist eine Verfolgungsverjährung und nicht Verbrechensverjährung (es weist darauf hin der Umstand, daß zwar aus Rücksicht auf Verjährung das Strafurteil nicht gefällt werden kann, doch kann der Umstand, daß jemand eine strafbare Handlung begangen hat, bei Beurteilung eines anderen Verbrechens desselben Täters und bei Strafausmaß relevant werden).

Wie immer bei der Verfolgungsverjährung ist für die Zeit der Verjährung die Höhe der gesetzlich vorgeschriebenen Strafe und nicht die Qualität der strafbaren Handlung ausschlaggebend. Deswegen finden wir im § 228 Str. G. Strafen aufgezählt und nach ihrer Strenge gruppiert; wir finden dort drei Gruppen: den lebenslangen Kerker, den Kerker von 10 bis 20 Jahren und die Gruppe aller anderen Verbrechen, ohne die Dauer der Strafe zu bestimmen, selbstverständlich enthält diese dritte Gruppe Strafen eines wenigstens 6monatlichen und höchstens 10jährigen Kerkers, da der I. Teil des Strafgesetzes keine kürzere Kerkerstrafe als 6monatliche kennt (§ 17 Str. G.).

Vergleichen wir die im § 532 Str. G. aufgezählten Strafen, begegnen wir hier einer umgekehrten Ordnung: das Gesetz beginnt mit strafbaren Handlungen (Vergehen, Übertretungen), die mit den kleinsten Strafen geahndet sind in der Gradation zur Eventualität gelangt: „bei den sämmtlichen schwerer verpönten Verbrechen und Uebertretungen"; es bleibt uns nur übrig, die schwersten im II. Teile des Strafgesetzes enthaltenen Freiheitsstrafen kennen zu lernen. Prinzipiell (§ 247 Str. G.) darf die Haft (Strafe der im II. Teile enthaltenen strafbaren Handlungen) höchstens 6 Monate dauern.

Wir müssen jedoch darauf aufmerksam machen, daß § 337 Str. G. strengen Arrest durch 2 oder 3 Jahre kennt, und 1jähriger Arrest in mehreren Paragraphen (288, 292, 294, 295, 305, 335, 486, 493, 516) sich wiederholt.

Nachdem wir jetzt den Geist des Strafgesetzes bezüglich der Verjährung festgestellt haben, fragen wir, ob ihm entspricht, wenn der Strafe „der Verschließung an einem abgesonderten Verwahrungsorte", die höchstens sechs Monate dauern darf, die fünfjährige Verjährungsfrist angepaßt wird, wenn bei den mit einem dreijährigen strengen Arrest geahndeten strafbaren Handlungen einjährige Verjährungsfrist stattfindet.

Wir glauben, daß „Verschließung an einem abgesonderten Verwahrungsorte", was die Strenge anbelangt, strengen Arrest nicht überbietet.

Wir machen hier noch auf einen Umstand aufmerksam: das Strafgesetz kennt von der allgemeinen Regel der Verjährungsfristen (§ 228 Str. G.) Ausnahmen (§§ 231, 232 Str. G.), unter welchen auch das Alter des Täters berücksichtigt wird; § 232 Str. G. schreibt ausdrücklich vor: „bei einem Verbrechen, worauf im Gesetze Todes- oder lebenslange Kerkerstrafe verhängt ist, gilt hinsichtlich derjenigen Personen, welche zur Zeit, als sie daran teilgenommen haben, noch nicht das zwanzigste Jahr zurückgelegt hatten, nur die Strafdauer von 10 bis 20 Jahren als Maßstab der Verjährung (§ 228 lit. *b*)."

Wenn das Strafgesetz hier mit der Verjährung von Verbrechen, die durch Täter unter 20 Jahren begangen, sich befaßt, war es nicht angezeigt, auch die der Minderjährigen unter 14 Jahren zu berücksichtigen?

Wenn das Strafgesetz es unterlassen hat, so liegt die Ursache darin, daß dem Gesetzgeber nicht eingefallen ist, es könnte jemand zu den Strafen II. Teiles des Strafgesetzes die Verjährungsfristen des I. Teiles anwenden.

Zu dieser Folgerung müßte jedoch die Voraussetzung führen, daß „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren wirklich — Verbrechen — sind. Diese Folgerung habe ich nicht bloß theoretisch als logische deductio ad absurdum zur Darstellung gebracht — zu derselben sind mehrere Kreisgerichte praktisch gelangt, deren irrtümliche Ansichten der Kassationshof richtiggestellt hat.

Der Kassationshof in seiner Entscheidung vom 4. Februar 1886, Z. 12.864 ex 1885 (J. M. Bl. 126 ex 1886) hat sich folgendermaßen ausgesprochen: „Diese Rechtsansicht[1]) muß jedoch als eine rechtsirrtümliche angesehen werden, da das Gesetz im § 531 und in den folgenden des Strafgesetzes die Bestimmungen über die Verjährung für sämtliche im zweiten Teile enthaltenen Vergehen und Übertretungen aufgestellt hat, daher zu einer Unterscheidung zwischen Übertretungen an sich und denjenigen, die nur ob Unmündigkeit des Täters als solche zu behandeln sind, hinsichtlich der Zulässigkeit der Verjährung im Gesetze kein Anlaß vorhanden ist." Vgl. Plen.-E. vom 22. September 1896, Z. 11.199, und vom 22. September 1899, Sg. Nr. 2032.

Daß unter der Herrschaft des Strafgesetzes vom Jahre 1803 diese Verjährungsfrage nicht zweifelhaft erschien, ist selbstverständlich — da der II. Teil des Gesetzes (von den schweren Polizey-Uebertretungen) ein selbständiges Ganzes für sich bildet, so müssen nur Vorschriften des II. Teiles darauf Anwendung finden. Dieser Ansicht gibt die zeitgenössische Literatur Ausdruck (vgl. Tomaschek, op. cit. 952). Wenn wir heute in der Praxis Zweifeln in dieser Hinsicht begegnen (in der Theorie bin ich ihnen nicht begegnet), so sind sie der Unkenntnis der geschichtlichen Entwicklung zuzuschreiben.

Deswegen müssen wir annehmen, daß die Verjährungsfrist der Verbrechen der Minderjährigen unter 14 Jahren nach den Vorschriften des II. Teiles des Strafgesetzes beurteilt werden muß, und die Behauptung, daß zu denselben § 228 Str. G. Anwendung finden soll, ist gesetzwidrig und eine Folge der irrtümlichen Voraussetzung, daß „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren wirklich Verbrechen sind.

II. Kompetenz.

Die zweite Folge des Grundsatzes, daß strafbare Handlungen (objektiv „Verbrechen"), durch Minderjährige unter 14 Jahren be-

[1]) Diese Rechtsansicht des Kreisgerichtes hat gelautet: „daß bei jenen strafbaren Handlungen, welche nach ihrer Eigenschaft Verbrechen wären und nur wegen Unmündigkeit des Täters im Sinne des § 269 lit. *a* Str. G. als Übertretungen zu bestrafen sind, die Zeit der Verjährung nur nach den für Verbrechen und nicht nach den für Übertretungen enthaltenen Bestimmungen der §§ 531 und 532 Str. G. zu berechnen ist."

gangen, wirklich Verbrechen sind, hat ihre Bedeutung für die Frage der Zuständigkeit: denn in diesem Falle müssen wir den aus vier Richtern gebildeten (§ 13 Str. P. O.) Gerichtshof oder das Geschwornengericht (§ 14 Str. P. O., Art. 6 E. G.) als kompetent erachten und so z. B. müßte über den Beischlaf eines 13jährigen Knaben mit einem 12jährigen Mädchen als über ein Verbrechen der Notzucht das Geschwornengericht das Urteil fällen (§ 127 Str. G. und Art. 6 B. 9 E. G.).

Diese Konsequenz widerspricht jedoch der geschichtlichen Entwicklung und dem in der bisherigen Praxis und Literatur widerspiegelnden Rechtssinn.

Wir wissen nämlich, daß das Strafgesetz vom Jahre 1803 für die „schweren Polizey-Uebertretungen", zu welchen auch „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren gehören (§§ 28 und § 4 II. Teiles), eine spezielle Kompetenz der politischen Behörden gebildet hat (§ 276 lautet: Die Gerichtsbarkeit in Ansehung der schweren Polizey-Uebertretungen haben die politischen Obrigkeiten auszuüben).

Das Jahr 1850 brachte eine neue Strafprozeßordnung (Provisorische Strafprozeßordnung, giltig für diejenigen Kronländer, in welchen das Strafgesetzbuch vom 3. September 1803 in Wirksamkeit steht), die aus jenen „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren Vergehen gemacht und den sogenannten Bezirkskollegialgerichten mit ausdrücklicher Ausschließung der Kompetenz der Geschwornengerichte zur Aburteilung zugeteilt hat.

Art. 9 des Einführungsgesetzes lautet nämlich:

„Den Bezirkskollegialgerichten steht ferner in dem ihnen als Strafgerichten über Verbrechen und Vergehen zugewiesenen Sprengel die Hauptverhandlung, sowie die Entscheidung in erster Instanz zu:

a) über die nicht den Schwurgerichten zugewiesenen Verbrechen;

b) über die nachstehenden strafbaren Handlungen, welche von jetzt an unter der Gesamtbenennung „Vergehen" begriffen werden.

1. Die in den §§ 28 lit. *a* und 29 Str. G. II. Teiles erwähnten Übertretungen von Unmündigen, „welche, wenn sie von Mündigen begangen worden wären, ihrer Eigenschaft nach als Verbrechen behandelt werden müßten."

Vom 1. September 1852 an, also noch unter Herrschaft der provisorischen Strafprozeßordnung (die zum Jahre 1854, respektive 1855 in Kraft steht), beginnt das Strafgesetz vom 27. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 117, seine Wirksamkeit (vgl. Art. 1 Einf. Ges.).

Angesichts dieser Tatsache würde die oberwähnte Vorschrift der provisorischen Strafprozeßordnung ihre bindende Kraft behalten, wenn das Strafgesetz vom Jahre 1852 die oberwähnten strafbaren Handlungen als „Vergehen" qualifizieren wollte. Da dasselbe es nicht getan hat, so ist zwar jedenfalls die Zuständigkeit der Schwurgerichte ausgeschlossen, es bleibt jedoch fraglich, ob jene Bezirkskollegialgerichte, die unseren Gerichtshöfen erster Instanz entsprechen, ihre Kompetenz behalten. Da jedoch der Wortlaut des § 269*a* Str. G. nur den Streit zuläßt, ob „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren Verbrechen oder Übertretungen sind, die Qualifikation „Vergehen" dafür vollkommen ausschließt, unterliegt es keinem Zweifel, daß hier Art. 10 des Einführungsgesetzes zur provisorischen Strafprozeßordnung und somit die Kompetenz der „Bezirksgerichte" Anwendung findet.

„Vor die Bezirksgerichte gehören die nachstehenden Handlungen, welche von nun an sämtlich „Übertretungen" zu nennen sind:

1. Alle nicht den Bezirkskollegialgerichten ausdrücklich zugewiesenen schweren „Polizey-Übertretungen".

Die allgemeine Strafprozeßordnung vom 29. Juli 1853 hat für manche Übertretungen die dem Strafgesetze vom Jahre 1803 bekannte Kompetenz der administrativen Behörden (nämlich der Polizeibehörden) eingeführt, andere den Bezirksgerichten zugeteilt.

§ 9 lautet nämlich:

„Dem Bezirksgerichte steht das gesammte Strafverfahren, d. i. die Untersuchung, Entscheidung und Vollstreckung ihrer Erkenntnisse hinsichtlich derjenigen Uebertretungen zu, welche in dem allgemeinen Strafgesetze als solche bezeichnet ... Besondere Verordnungen werden bestimmen, über welche von den im zweiten Teile des Strafgesetzes vorkommenden Uebertretungen im Polizeyrayon der Hauptstädte und anderer Orte, die Strafgerichtsbarkeit in erster Instanz von der daselbst bestellten Sicherheitsbehörde statt des Bezirksgerichtes auszuüben seyn wird."

Aus diesen Bestimmungen folgt, daß der Strafprozeßordnung nicht eingefallen ist, es könne zweifelhaft sein, ob der II. Teil des Strafgesetzes Verbrechen enthalte.

Die Vorschriften der Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 bedeuten für sich nicht viel. Art. 8 lautet: „Hinsichtlich aller im Strafgesetze vom 27. Mai 1852 vorgesehenen, sowie aller anderen ausdrücklich den Gerichten zur Aburteilung zugewiesenen Uebertretungen steht das Verfahren und die Urteilsfällung den Bezirksgerichten zu."

Wenn wir jedoch die ganze geschichtliche Entwicklung beachten, so müssen wir zur Überzeugung kommen, daß prinzipiell bei allen im II. Teile des Strafgesetzes erwähnten strafbaren Handlungen die Bezirksgerichte zuständig sind und eine Ausnahme davon Vergehen bilden, welche wegen ihrer besonderen Wichtigkeit den Kollegialgerichten zugeteilt sind. Da jedoch „Verbrechen" Minderjähriger unter 14 Jahren nie als Vergehen betrachtet werden können, so unterliegt die Kompetenz der Bezirksgerichte für sie keinem Zweifel.

Dieser Standpunkt ist allgemein in der Praxis (vgl. Plenarentscheidung des Kassationshofes vom 16. Oktober 1894, Z. 12.253, J. M. V. Bl. Nr. 1090; Frühwald, Praktisches Handbuch für die strafgerichtliche Wirksamkeit der k. k. Bezirksgerichte in Übertretungsfällen S. 34 bis 36, behandelt §§ 237, 269 bis 273 Str. G.) anerkannt.

So führt uns die grammatische, geschichtliche und logische Interpretation zur Folgerung, daß Verbrechen, durch Unmündige zwischen 10 und 14 Jahren begangen, keine Verbrechen, sondern Übertretungen sind.

Zweiter Abschnitt.

Da es in Übertretungsfällen vor dem Bezirksgerichte keine förmliche Untersuchung gibt (§ 451 Abs. 1 Str. P. O.), gibt es auch keine förmliche Untersuchungshaft (vgl. oben).

Es kann nur der Wortlaut des § 452 Abs. 3 Str. P. O. irreführen: „Die Untersuchungshaft kann nur in den Fällen des § 175 Z. 2 und 3 verfügt werden", manche Verfasser nehmen diese Vorschrift wörtlich und bezeichnen (Frühwald, Praktisches Handbuch, S. 416) diese Haft als „Untersuchungshaft nach §§ 180 (!), 452

Z. 3" Str. P. O. und erachten ihre Aufhebung gegen Kaution oder Bürgschaft als möglich (ib. S. 309[1])[2]).

Wir glauben jedoch, die Ansicht Mayers (III, 642) bezüglich dieser Frage als communis opinio betrachten zu dürfen. Sie lautet: „Von einer eigentlichen Untersuchungshaft kann bei der Natur der Übertretungsfälle, für welche förmliche Voruntersuchung unstatthaft ist (§ 451), nicht die Rede sein (§ 180), wenn dennoch hier von der Verhängung der „Untersuchungshaft" gehandelt wird, so ist hierunter die vorläufige Verwahrung (die Verwahrungshaft) im Gegensatze zur vorläufigen Festnehmung behufs der Vorführung, die zu einem im voraus bestimmt bezeichneten prozessualen Akte, als ein im Sinne des § 175 rechtlich andauernder Zustand der Unfreiheit des Beschuldigten zu verstehen, welcher jedoch ebenfalls nur aus den Gründen des § 175 Z. 2 und 3 (wegen Fluchtverdachtes und gegründeter Kollusionsbefürchtung) verhängt werden kann und für dessen Anwendungsbedingungen im einzelnen sowie den Umfang derselben die im § 175 entwickelten Grundsätze maßgebend erscheinen."

Da vor den Bezirksgerichten Voruntersuchung und ordentliche Untersuchungshaft nicht stattfindet, ist die Form des Vorverfahrens in Strafsachen gegen Minderjährige unter 14 Jahren ziemlich klar.

Der Bezirksrichter soll, wenn der Minderjährige, der ein Verbrechen begangen hat, behauptet, er sei noch nicht 10 Jahre alt (§ 237 Str. G.), oder wenn ein Minderjähriger, der ein Vergehen oder eine Übertretung sich zuschulden kommen ließ, behauptet, er sei noch nicht 14 Jahre alt (§ 273 Str. G.), den Beschuldigten

---

1) Vgl. Ullmann 436, 438; Mitterbacher 726.

2) Die Frage, ob die Kaution bei Übertretungen zulässig ist, ist für uns gleichgiltig. Prinzipiell jedoch müssen wir sie mit Rücksicht auf geschichtliche Entwicklung verneinen. Die Strafprozeßordnung vom Jahre 1853 kennt sie nicht, denn sie wurde erst durch das Gesetz vom 27. Oktober 1862, R. G. Bl. Nr. 88, §§ 7 bis 10, eingeführt. Die entsprechenden Vorschriften hat die Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 in den §§ 192 bis 195 angenommen; infolgedessen (lex posterior derogat priori) muß man ausschließlich die Vorschriften der Strafprozeßordnung hinsichtlich der in Rede stehenden Frage als maßgebend erachten. Die Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 handelt von der Kaution bei Besprechung der Untersuchungshaft aus Anlaß eines Verbrechens oder Vergehens, kennt sie nicht bezüglich der vorläufigen Verwahrung und im Teile von dem Verfahren in den Übertretungsfällen zitiert sie diese Bestimmungen (§§ 192 bis 195) nicht.

jedenfalls in vorläufiger Verwahrung behalten, inwieweit Fluchtverdacht oder Kollusionsgefahr vorliegt; der Richter wird vor allem Erhebungen bezüglich des Alters des Beschuldigten einleiten und erst nachdem er dasselbe festgestellt hat, je nach Ergebnis dieser Erhebungen entweder weitere Erhebungen einstellen und den Beschuldigten freilassen[1]) (unter Überlassung desselben der häuslichen Züchtigung, eventuell der Sicherheitsbehörde), oder weitere meritorische Nachforschungen führen und das Urteil in der Angelegenheit selbst fällen.

III. Folgerungen.

Wir haben oben festgestellt, daß:

1. die Voruntersuchung nur aus Anlaß eines Verbrechens oder Vergehens (niemals einer Übertretung) wider eine hinreichend derselben verdächtige Person stattfinden soll, insoweit subjektive oder objektive Gründe, die Schuld oder Strafe ausschließen, nicht vorliegen;

2. die Untersuchungshaft eine Art der präventiven Verhaftung ist, die nur im Falle der Voruntersuchung stattfindet; wo keine Voruntersuchung, dort gibt es auch keine Untersuchungshaft.

Es folgt (1. und 2.) der logische Schluß, daß in Übertretungsfällen Untersuchungshaft nicht stattfindet.

3. Verbrechen, welche Minderjährige zwischen 10 und 14 Jahren begangen haben, nicht nur als Übertretungen zu bestrafen sind, sondern Übertretungen sind.

Es ergeben sich daraus (1, 2, 3) folgende Schlüsse, was das Vorverfahren wegen der durch Minderjährige unter 14 Jahren begangenen strafbaren Handlungen anbelangt:

a) Der Untersuchungsrichter darf im Falle, wenn nicht sicher ist, ob der eines Verbrechens oder Vergehens Beschuldigte 14 Jahre alt ist, weder die Voruntersuchung einleiten, noch die Untersuchungshaft verhängen, sondern soll vorher entsprechende Vorer-

---

[1]) Diese Freilassung kann auf zweifache Art stattfinden: entweder mit Zustimmung des staatsanwaltschaftlichen Funktionärs, respektive des Privatklägers, der angesichts des Resultates der Erhebungen vom Antrage auf Bestrafung absteht, was der Einstellung der Vorerhebungen (§ 90 Str. P. O.) entspricht, oder, was weniger wahrscheinlich, wenn der Ankläger bei seinem Antrage bestehen wollte, durch ein freisprechendes Urteil.

hebungen durchführen, nämlich entweder vermittels des Geburtszeugnisses, oder unter Zuziehung der Gerichtsärzte das Alter des Beschuldigten feststellen.

Jedenfalls müssen diese Vorerhebungen ehetunlichst durchgeführt werden, im Zuge derselben kann unter den Bedingungen des § 175 Abs. 1 bis 4 Str. P. O. vorläufige Verwahrung stattfinden.

Diese vorläufige Verwahrung ist in vollkommener Absonderung (vgl. § 184 Str. P. O.) zu vollziehen; wir wissen, daß in der alltäglichen Praxis infolge der schlechten Konstruktion der entsprechenden Bauten, die als Untersuchungsgefängnis gebraucht werden, die Untersuchungshaft nicht in Einzelhaft, sondern gemeinschaftlich und nur um der Kollusion vorzubeugen auf diese Weise vollzogen wird, daß die an einer und derselben Strafsache beteiligten Beschuldigten in verschiedenen Zellen verwahrt werden (wie illusorisch diese Maßregel ist, beweist die tägliche Erfahrung).

Wir verstehen, daß die Vollziehung der Untersuchungshaft mit gewissen technischen Schwierigkeiten verbunden ist, es gibt jedoch Fälle, in welchen diese Schwierigkeiten um jeden Preis zu überwinden sind. Hierher gehört aber die vorläufige Verwahrung der Beschuldigten, deren Alter noch nicht festgestellt ist. Wenn es sich zeigt, daß der Minderjährige noch nicht 14 Jahre alt ist, wird er in dem Falle, wenn ein Verbrechen objektiv vorliegt, mit Verschließung an einem abgesonderten Verwahrungsorte (§ 270 Str. G.) bestraft. Die ratio legis dieser Vorschrift ist klar, es handelt sich um vollständige Isolierung der jugendlichen Verbrecher von anderen verbrecherischen Elementen; wenn das bei Vollziehung der Strafe als angezeigt anerkannt ist, bildet das nicht eine kategorische Pflicht bei der Untersuchungshaft, bei welcher die Schuld noch fraglich ist und bei welcher eventuell mit einem ganz und gar nicht verdorbenen Individuum zu tun ist?

Wir müssen auch darauf aufmerksam machen, daß vorläufige Verwahrung aus Anlaß einer strafbaren Handlung, die eventuell Übertretung ist, eine Analogie zu der nach § 452 Abs. 3 Str. P. O. in Übertretungsfällen vorgeschriebenen Verwahrung bildet. Dem klaren Wortlaute dieser Vorschrift gemäß „dürfen die Verhafteten nicht in dasselbe Gefängnis mit Personen, welche sich wegen eines Verbrechens in Untersuchung oder Strafe befinden, gebracht werden".

Die vollständige Absonderung der in Rede stehenden minderjährigen Untersuchungsgefangenen findet ihre Begründung nicht nur in der Berücksichtigung ihres moralischen Wohles, nicht nur in den Bestimmungen des materiellen Strafrechtes, sondern auch in den klaren Vorschriften der Strafprozeßordnung.

b) Im Falle der Konnexität der Strafsache eines Minderjährigen mit der eines älteren Mittäters, dessen Alter über 14 Jahre keinem Zweifel unterliegt, ist angezeigt, gleich nach der Feststellung seines Alters unter 14 Jahren, die Strafsachen (auf Grund eines Beschlusses der Ratskammer) loszulösen und die Strafsache des Unmündigen als Übertretungsfall dem Bezirksgerichte abzutreten, da hier die Bedingnisse des § 57 Str. P. O. platzgreifen: die Absonderung des Strafverfahrens dient hier nämlich zur Vermeidung von Verzögerungen und zur Kürzung der Haft des Beschuldigten.

Opportunistische Rücksichten auf technische Schwierigkeiten, wie auf die Notwendigkeit, einen Teil der Strafakten zu kopieren, sollen hier keine Rolle spielen.

In der Praxis kommt es jedoch oft vor, daß der unmündige Verdächtige einige Wochen in der Untersuchungshaft bloß zu dem Zwecke verbleibt, um eventuell während der Hauptverhandlung als Beweismittel wider den älteren Mittäter zu dienen.[1])

c) Im Falle, wenn der Minderjährige beschuldigt ist, nicht nur ein Verbrechen, sondern auch eine ideell oder real zusammentreffende (§ 35 Str. G.) Übertretung begangen zu haben, soll der Untersuchungsrichter jedenfalls mit den Vorerhebungen wegen

---

[1]) Diese Praxis ist absolut zu verwerfen, vor allem vom Standpunkte des Gesetzes, das die Untersuchungshaft und noch mehr die vorläufige Verwahrung als ein provisorisches Mittel betrachtet, dessen Existenzberechtigung nur während der Zeit der Sammlung des Beweismaterials wider den Beschuldigten dauert; es ist jedoch nicht zulässig, dieselbe zu dem Zwecke anzuwenden, um ein Beweismittel, obgleich mit eventueller Freiheitsbeschränkung der gegebenen Person verbunden, zu erlangen. Der Beschuldigte ist eine Prozeßpartei, deren Aussagen keinem Zwangsmittel unterliegen (vgl. §§ 201, 202 Str. P. O. Erpressung des Geständnisses kann nach § 98 Str. G. bestraft werden, Entsch. vom 24. Januar 1885, Z. 12.607, Sg. Nr. 735), wenn es sich um Überführung eines Mitschuldigen handeln sollte. Der Mitschuldige ist niemals als Zeuge zu betrachten, wenn er auch bezüglich solcher Tatsachen aussagen sollte, bei welchen seine Schuld ausgeschlossen ist (vgl. Entsch. vom 18. Oktober 1886, Z. 9633, Sg. Nr. 1014, und vom 30. Januar 1895, Nr. 509, Sg. Nr. 1862).

der Übertretung innehalten, und im Falle, wenn das Alter unter 14 Jahren festgestellt wird, sofort die Vorerhebungen einzustellen (und nämlich entweder im Einverständnisse mit dem Staatsanwalte oder auf Grund eines Beschlusses der Ratskammer § 92 Abs. 3 Str. P. O.) und das Geschehene der Sicherheitsbehörde zur weiteren Amtshandlung (§ 273 Str. G.) mitzuteilen.

d) Wenn der Minderjährige im Bezirksgerichte beschuldigt erscheint, ein Verbrechen begangen zu haben, das nur aus Rücksicht auf sein Alter (unter 14 Jahren) als Übertretung bestraft werden soll und Zweifel obliegen, ob er überhaupt 10 Jahre alt ist, ob also überhaupt (§ 237 Str. G.) die Behörden und insbesondere die Gerichtsbehörden einschreiten dürfen, soll der Bezirksrichter ein dem unter *a)* dargestellten analoges Verfahren einleiten, und nachdem er festgestellt hat, daß der Beschuldigte keine 10 Jahre alt ist, der häuslichen Züchtigung überlassen (§ 237 Str. G.).

e) Ähnlich *d)* soll der Bezirksrichter in dem Falle vorgehen, wenn der Minderjährige, der für eine Übertretung bestraft werden soll, behauptet, er sei noch nicht 14 Jahre alt.

---

2. Zur Pathologie der Vorerhebungen im Strafprozesse.

Alfred Amschl hat in seinem trefflichen Buche „Beiträge zur Anwendung des Strafverfahrens" auf gewisse Mißbildungen des Vorverfahrens aufmerksam gemacht (lange Vorerhebungen nach § 89 Str. P. O., schwerfällige Protokollierung usw.), er hat jedoch eine Erscheinung nicht erwähnt, die meines Erachtens ungemein charakteristisch ist: pathologische Gestaltung des zwischen dem Staatsanwalt und dem Untersuchungsrichter während der Vorerhebungen bestehenden Verhältnisses. Es ist nicht zu wundern, wenn Amschl eben darauf seine Aufmerksamkeit nicht gelenkt hat, da die durch mich veranstaltete Enquete über die diesbezüglichen Verhältnisse in verschiedenen oberlandesgerichtlichen Sprengeln ergeben hat, daß der Sprengel des Oberlandesgerichtes Graz zu den seltenen ruhmreichen Ausnahmen in dieser Beziehung gehört, wenn nicht eine einzige Ausnahme bildet.[1])

Es sind drei Rechtsfragen, die uns in dieser Hinsicht interessieren: 1. ob der Staatsanwalt berechtigt ist, sogenannte allgemeine Anträge „Vorerhebungen zu pflegen" zu stellen, 2. ob, beziehungsweise inwieferne der Untersuchungsrichter durch die staats-

---

[1]) Es haben folgende Herren die Güte gehabt, die ihnen zugesandten Fragebogen zu beantworten: OLG. Wien (OLGR. Dr. Granichstädten, GS. Dr. Löffler), OLG. Prag (Gen.-Adv. Lorenz, StS. Dr. Berg, GA. Dr. Polák), OLG. Brünn (StA. v. Jantsch, OStS. Dr. Zatschek), OLG. Graz (OLGR. und StA. Amschl, Un.-Prof. Dr. Hanns Groß), OLG. Zara (StA. Barich), OLG. Lemberg (OLGR. Komarnicki). Über die Verhältnisse im Oberlandesgerichtssprengel Triest und Innsbruck habe ich keinen Aufschluß erhalten, da die betreffenden Briefe unbeantwortet geblieben sind. Über den Zustand im Krakauer Sprengel berichte ich auf Grund eigener Erfahrungen und Beobachtungen.

anwaltschaftlichen Anträge im Laufe der Vorerhebungen gebunden ist? 3. ob, beziehungsweise inwieferne Ratskammerbeschlüsse und Beschwerden wider dieselben an das Oberlandesgericht während der Vorerhebungen zulässig sind?

Alle diese Fragen haben für die Praxis eine ungemein große Bedeutung: es ist nicht zu vergessen, daß die Vorerhebungen durchschnittlich 72% der Fälle des Vorverfahrens bilden, daß die formalen Voruntersuchungen eine schwindende Minorität ausmachen, daß sie nur dort stattfinden, wo es unumgänglich ist, dieselben einzuleiten: entweder aus Rücksicht auf die Notwendigkeit der Untersuchungshaft (§ 180 Str. P. O.) oder aus Rücksicht auf die Vorschrift des § 91 Str. P. O. (die eventuelle Hauptverhandlung vor Geschwornen wegen Verbrechens oder das Vorverfahren gegen einen Abwesenden; dies letztere kommt in der Praxis selten vor, es wird in der Regel das Vorverfahren dem § 412 Str. P. O. gemäß eingestellt), oder endlich aus Rücksicht auf §§ 48, 49 Abs. 1 Str. P. O. (der Subsidiarankläger darf ohne vorausgegangene Voruntersuchung die Anklageschrift nicht einbringen).

Die Vorerhebungen bilden das Alltagsbrot der Untersuchungsrichter (vgl. sehr interessante Ausführungen in den durch die statistische Zentralkommission veröffentlichten „Ergebnissen der Strafrechtspflege pro 1896", S. VII, in bezug auf die Zahl und das Verhältnis der Voruntersuchungen und Vorerhebungen).

Erster Abschnitt.

Der durchschnittliche Gang der Vorerhebungen hat in der Praxis folgende Form: die Sicherheitsbehörde (Polizei, Gendarmerie) oder andere Behörden (Zivilgericht, Krankenhausdirektion usw.) oder endlich Privatpersonen (der Beschädigte oder quis ex populo) bringen die Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft ein; protokollarische Anzeige beim Untersuchungsrichter oder Bezirksrichter bilden eine seltene Erscheinung (im Jahre 1896 auf 149.662 Strafanzeigen sind nur 5755 bei den Kreisgerichten, 11.190 bei Bezirksgerichten eingebracht worden, vgl. Ergebnisse der Strafrechtspflege II). Der Untersuchungsrichter (beziehungsweise das Kreisgericht) übersendet die Strafanzeige sofort (eventuell nach Vornahme der Amtshandlungen, welche ohne Gefährdung des Zweckes,

oder ohne Überschreitung einer gesetzlichen Frist nicht aufgeschoben werden können (§ 89 Abs. 1), der Bezirksrichter nach Durchführung von Vorerhebungen im Sinne des § 89 Abs. 2 Str. P. O. an die Staatsanwaltschaft.

Die Strafanzeigen sammelt die Staatsanwaltschaft und stellt den Antrag auf Einleitung der Vorerhebungen. Die entsprechende Formel lautet: „Dem k. k. Untersuchungsrichter mit dem Antrage (Ersuchen), Vorerhebungen in der Richtung des Verbrechens des Diebstahls nach §§ 171, 173, 174 II*d* Str. G. zu pflegen" oder „dem k. k. Untersuchungsrichter mit dem Antrage, den objektiven und subjektiven Sachverhalt festzustellen" (den Tatbestand zu erheben).

Präzisierte Anträge außerhalb des Oberlandesgerichtssprengels Graz und (teilweise) Wien, gehören zu großen Seltenheiten. Diese Gewohnheit, „allgemeine Anträge" zu stellen, widerspricht jedoch dem Geiste der Strafprozeßordnung aus folgenden Gründen: Es gilt als Prinzip des Gesetzes vom Jahre 1873, daß die freie Leitung der Vorerhebungen dem Staatsanwalt, die der Voruntersuchung dem Untersuchungsrichter vorbehalten ist (vgl. § 87 Abs. 1, § 88 Abs. 1 und § 96 Str. P. O.). Die Vorerhebungen führt der Staatsanwalt vermittels und mit Zuhilfenahme des Untersuchungsrichters, der Bezirksgerichte und Sicherheitsbehörden: die Voruntersuchung führt der Untersuchungsrichter „von amtswegen und ohne weitere Anträge des Anklägers abzuwarten".

Es ist ersichtlich, daß im Zuge der gerichtlichen Vorerhebungen die staatsanwaltschaftlichen Anträge genau präzisiert werden müssen, es ist Aufgabe und Pflicht des Staatsanwaltes, anzugeben, welche Amtshandlung und in welcher Strafsache vorgenommen werden soll. Es ist eine Folge der während der Vorerhebungen wenig selbständigen und anderseits die der Sicherheitsbehörden überragenden Stellung des Untersuchungsrichters.

Die allgemeinen Anträge geben dem Untersuchungsrichter das ihm im Stadium der Vorerhebungen nicht zustehende Recht, Amtshandlungen von amtswegen vorzunehmen. Auf diese Weise wird der Erhebungsrichter entweder zum Untersuchungsrichter sensu stricto oder zum Polizeibeamten, der die Geschäfte der Kriminalpolizei besorgt. Die erste Alternative entspricht nicht

dem Gesetz, die zweite nicht der hohen Stellung eines richterlichen Beamten.

Der Staatsanwalt hat zwar das Recht, im Sinne des § 88 Abs. 1 Str. P. O. die Vorerhebungen „durch den Untersuchungsrichter, durch die Bezirksgerichte oder durch die Sicherheitsbehörden zu führen", aber schon aus dem dritten Absatz desselben Paragraphen folgt der prinzipielle Unterschied zwischen dem Verhältnisse der gerichtlichen und dem der polizeilichen Behörden zum Staatsanwalte. Das durch die Sicherheitsbehörden gelieferte Material soll nur zur Information des Staatsanwaltes dienen, und die Art der Vornahme der Untersuchungshandlungen ist eine andere. Der Staatsanwalt darf bei der polizeilichen Vernehmung der für die Aufklärung des Sachverhaltes notwendigen Personen gegenwärtig sein (anders bei der Vernehmung durch den Untersuchungsrichter [§ 97 Abs. 2]), keine Beeidigung, Augenschein und Hausdurchsuchung nur ausnahmsweise; die aufgenommenen Protokolle, wenn sie als Beweismittel benutzt werden sollen, müssen dem Untersuchungsrichter zur Nachprüfung mitgeteilt werden. Daß dem Geiste der Strafprozeßordnung von 1873 diese Degradation des Untersuchungsrichters nicht entspricht, beweist unter anderem § 70 der V. V. (Ministerialerlaß vom 19. November 1873, R. G. Bl. Nr. 152), wonach als Regel dienen soll, daß der Staatsanwalt die Vornahme der Vorerhebungen durch landesfürstliche eventuell Kommunal-Polizeibehörden veranlaßt. Er darf sich zu diesem Zwecke auch an andere Verwaltungsbehörden wenden (an diese selbstverständlich nur zum Zwecke der Auskunftserteilung, nicht einer eingehenden Ermittlung; vgl. in dieser Hinsicht die Stilisierung des § 26 Str. P. O. „hilfreiche Hand zu bieten" im Gegensatze zum § 36 Str. P. O. „unmittelbare Verbindung . . . Unterstützung" und § 72 V. V., vgl. auch die klare Differenzierung des § 159 deutscher Str. P. O. und Glasers Handbuch II, 361 bis 362).

Es kann über die Stellung des Erhebungsrichters die Ministerialverordnung vom 16. März 1854, R. G. Bl. Nr. 165 (Strafgerichtsinstruktion, § 12) in Irrtum führen. Man darf jedoch nicht vergessen, daß dieselbe sich auf die Strafprozeßordnung vom Jahre 1853 bezieht, nach welcher Rechte und Pflichten des Richters während der General- und Spezialuntersuchung identisch waren.

Es ist schade, daß die Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 keine so klaren Bestimmungen über den Unterschied der gegenseitigen Beziehungen des Staatsanwaltes und der richterlichen Beamten einmal während der Vorerhebungen, das anderemal während der Voruntersuchung, wie die deutsche Strafprozeßordnung vom Jahre 1877, enthält. Diese bestimmt ausdrücklich, daß der Staatsanwalt zum Zwecke der Erforschung des Sachverhaltes entweder selbst oder durch Behörden und Beamte des Polizei- und Sicherheitsdienstes entsprechende Ermittlungen vornimmt (§§ 158, 159). Erachtet die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung für erforderlich, so stellt sie ihre Anträge bei dem Amtsrichter des Bezirkes, in welchem diese Handlung vorzunehmen ist (§ 160 Abs. 1). Vgl. über die deutsche Praxis Kronecker, Zeitschr. f. ges. Str. R. W. VII, 432 ff.; Juliusberg, ib. X, 663; Stelling, ib. XIII, 866 ff. Vorzügliche Klarheit herrscht bezüglich dieses Gegenstandes auch in der so verwandten ungarischen Strafprozeßordnung (§ 83 ff.): die Staatsanwaltschaft führt Vorerhebungen durch Polizeibehörden, an die Bezirksgerichte kann die königliche Staatsanwaltschaft nur behufs Veranlassung einzelner nachforschenden Handlungen Ersuchen richten.

Daß diese Organisation des Verhältnisses des Staatsanwaltes zum Erhebungsrichter auch dem Geiste der Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 entspricht, beweisen die Ausführungen des Verfassers des heute geltenden Gesetzes — Glasers bezüglich der dem Gesetze vom Jahre 1853 unbekannten gerichtspolizeilichen Vorerhebungen. „Auf diese Weise kann der Staatsanwalt dem Gerichte die Einleitung einer sehr großen Anzahl solcher Untersuchungen (im Sinne der Strafprozeßordnung vom Jahre 1853) ersparen, welche außerdem nicht bloß erfolglos, sondern auch ohne Aussicht auf Erfolg der bloßen Form wegen geführt werden müssen" (Ges. kl. Schr. II, 122). Leider anders geschieht in der Praxis: anstatt die Strafanzeige, oft von kleinem Belang, der Polizei zur Prüfung zu übermitteln, übersendet die Staatsanwaltschaft dieselbe zu demselben Zwecke dem Untersuchungsrichter mit einem allgemeinen Antrage „Vorerhebungen zu pflegen" begleitet. Das ist eine Praxis, die nicht nur dem Gesetze, sondern auch den Zweckmäßigkeitsrücksichten widerspricht: es ist doch viel leichter, der Sicherheitsbehörde, die Leute und Verhältnisse gut kennt, Bescheid

zu erteilen, als dem Erhebungsrichter, dem viele Informationsmittel nicht zu Gebote stehen.

Die Verordnung des Justizministeriums vom 25. November 1873, Nr. 14.956, wird wenig berücksichtigt — und Schade!

Wir finden dort folgende Vorschriften:

„Die Staatsanwaltschaft hat insbesondere durch die Institution der Vorerhebungen und durch die in vielen Fällen zulässige Einbringung der Anklageschrift ohne vorausgegangene Voruntersuchung Gelegenheit, die Gerichte vieler Arbeiten zu entlasten. An Orten, wo landesfürstliche Polizeibehörden bestehen, werden diese der Staatsanwaltschaft ihre Aufgabe wesentlich erleichtern können" usw.

Trotz der neuesten Verordnung des Justizministeriums vom 12. Dezember 1900, J. M. Bl. Nr. 45, die dieselben Gedanken wiederholt, ist die Praxis beim alten geblieben — es gibt wenige Staatsanwälte, welche wie Amschl (G. Z. v. J. 1898, Nr. 31) als Leitsatz betrachten: „der Staatsanwalt soll sich der Gerichte erst zu diesem Zwecke (zu Vorerhebungen) bedienen, wenn andere Behörden versagen".

Diese pathologischen Verhältnisse herrschen jedoch nicht nur in Österreich; selbst in Deutschland, wo seit einem halben Jahrhunderte die Anwendung der gerichtlichen Polizei um Vorermittlungsverfahren in Erinnerung gebracht wird (vgl. z. B. Erl. des preuß. J. M. vom 25. Nov. 1850, Nr. 123, bei Stelling, Z. f. g. St. R. W. XIII, 862 ff., vgl. auch Juliusberg, ib. X, 656 ff.) „kommen in der Praxis vielfach Anträge der Staatsanwaltschaft auf richterliche Vernehmung von Zeugen in rechtlich ganz einfachen Sachen vor, bei Fällen, in welchen auch sonst keinerlei Veranlassung vorliegt, den Richter anzugehen, und in welchen die Polizeibeamten vermöge ihrer besseren Lokal- und Personalkenntnis häufig imstande sind, die Vernehmungen in erfolgreicherer Weise zu bewirken, als der den Verhältnissen ferner stehende Richter" (Kronecker, Bemerkungen aus der Praxis, S. 8).

Die Benutzung der Gerichte zu Vorerhebungen soll Ausnahme von der Regel bilden, von der Regel der Inanspruchnahme der Polizeibehörden, der Gendarmerie (§ 7 d. Ges. vom 25. Dezember 1894, R. G. Bl. Nr. 1 ex 1895 und neue Gendarmerieinstruktion vom 20. März 1895, §§ 40 bis 41) und der Gemeindevorsteher (§ 24 Str. P. O.).

Wie tief die Stellung des Erhebungsrichters in der Praxis gesunken ist, beweist folgende gerichtliche Gewohnheit:

In den Strafsachen wegen der leichtsinnigen Krida nach § 486 Str. G. werden in der Regel nur Vorerhebungen geführt, der entsprechende Antrag der Staatsanwaltschaft lautet: „Dem k. k. Untersuchungsgerichte werden die Strafakten mit dem Antrage auf Vorerhebungen wider . . . in der Richtung des Verbrechens des Betruges nach §§ 197 und 199 Abs. *f* Str. G., beziehungsweise des Vergehens nach § 486 Str. G. übermittelt."

Im Zuge dieser Vorerhebungen soll der Untersuchungsrichter nicht nur alle Gläubiger und Schuldner einvernehmen, sondern auch (nach ständiger Praxis) die Bilanz des Kridatars auf Grund des durch Vorerhebungen gelieferten Materiales verfassen.

Erinnert diese Praxis nicht an jene Aktenauszüge, zu deren Verfassung am Schlusse der Untersuchung gemäß § 192 Str. P. O. vom Jahre 1853 der Untersuchungsrichter oder ein durch den Gerichtsvorsteher bestimmter Referent verpflichtet war? Ob es angemessen ist, daß ein und derselbe Richter, der die Untersuchung geführt, auch über die Resultate derselben entscheide, war noch zu Zeiten der schriftlichen und inquisitorischen Prozedur sehr fraglich (Rulf, Komm. I, 314 und 109). Zwar ist die heutige Strafprozeßordnung, wie zutreffend Gneist gesagt hat, nur ein halber Anklageprozeß, doch ist es einerseits Aufgabe der Praxis, das unumgänglich Inquisitorische bis auf ein Minimum, bis auf das unbedingt Notwendige zu beschränken, anderseits sind die Vorerhebungen am wenigsten dazu geeignet, um die Initiative und Entscheidung über die Resultate an den richterlichen Beamten zu übertragen.

Wie weit diese Praxis davon entfernt ist, dem Geiste der heutigen Strafprozeßordnung Rechnung zu tragen, beweist der Umstand, daß nicht nur über das Resultat der Vorerhebungen, sondern auch über das der Voruntersuchung zu entscheiden das Untersuchungsgericht (Untersuchungsrichter, Ratskammer) kein Recht hat. Wenn die französische oder deutsche Strafgesetzgebung die Maxime verfolgt, daß über das Ergebnis der Voruntersuchung, darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist, oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder das Verfahren vorläufig einzustellen sei, das Gericht entscheidet (§ 196 der deutschen Str. P. O., vgl. Glaser, Handbuch I, 270 ff.) und die Eröffnung des

Hauptverfahrens selbst dann beschließen darf, wenn von der Staatsanwaltschaft beantragt ist, den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen (§ 206 der deutschen Str. P. O.), so wird in Österreich das Vorverfahren eingestellt, wenn der Staatsanwalt erklärt, keinen Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung zu finden (§§ 90, 112). Wenn in Deutschland über jede Anklageschrift gerichtliche Beratung und Beschlußfassung stattfindet, kommt in Österreich nur im Falle des Einspruches, dem Oberlandesgerichte (aber nie dem Untersuchungsgerichte) die richterliche Prüfung der Anklage zu (vgl. Glaser, Handb. II, 408 ff.).

Zur Verfassung der oberwähnten Ausweise und Bilanzen in Kridasachen ist der Erhebungsrichter weder verpflichtet (da er kein Hilfsorgan des Staatsanwaltes, auch nicht das des künftigen Vorsitzenden der Hauptverhandlung ist), noch berechtigt.

Es ist bekannt, daß sowohl in Deutschland wie auch in Österreich das Strafrecht in der Praxis nicht selten als ein minderwertiges Rechtsgebiet, das Kriminalgericht als ein Richteramt zweiten Ranges betrachtet wird (die Strafsachen sind einmal unglücklicherweise die Stiefkinder der Justiz geworden. Groß, Archiv f. Krim. Anthr. VI, 224), es ist bekannt, daß die Frage, „welche Wege sind einzuschlagen, um dem strafrechtlichen Unterrichte eine angemessene Stellung neben dem privatrechtlichen überall zu sichern", die Frage der Ausbildung der Strafrichter durch die Internationale kriminalistische Vereinigung als eines der wichtigsten Postulate auf das Arbeitsprogramm gestellt wird (vgl. Beratungen in Linz 1895, Mitteil. der J. K. V. VI, 71 ff., Versammlung der deutschen Gruppe 1898, ib. 184 ff.; Berichte Dr. Hanns Groß', Mitteil. der J. K. V., 312 ff., Lepars, ib. 323 ff., Foinitzkys, ib. 363 ff., Stadlers, ib. VII, 129 ff.), es ist bekannt, daß die preußische Justizverwaltung mit dem Erlasse vom 17. Oktober 1882 (wiederholt durch den Erlaß vom 8. Februar 1892) sich bemüssigt gesehen hat, das folgende, sonst ganz natürliche und selbstverständliche Prinzip auszusprechen: „Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß für die Handhabung der Strafrechtspflege ebenso tüchtige Mitglieder erforderlich sind, als für die Handhabung der Zivilrechtspflege" (vgl. Stelling, Z. f. g. Str. R. W. XIII, 870, Note); es ist jedoch wahrscheinlich den maßgebenden Faktoren die Verwendung der richterlichen Beamten zu polizeilichen Funktionen als Organe der

Staatsanwaltschaft in mehreren oberlandesgerichtlichen Sprengeln zu wenig bekannt.

Ein interessantes Studium für den zukünftigen Geschichtsschreiber der österreichischen Rechtsentwicklung bildet die Stellung des Untersuchungsrichters unter dem Einflusse der neuen Prinzipien: der Anklage- und Mündlichkeitsmaxime. Der Gesetzgeber hat eine neue Institution der „gerichtspolizeilichen" Vorerhebungen zur Verfügung der Staatsanwaltschaft gestellt, hat die Vorerhebungen, die der Staatsanwalt leitet, von der Untersuchung, vom Untersuchungsrichter geführt, unterschieden, hat die Gerichte entlasten gewollt, indem er der Staatsanwaltschaft aufgetragen hat, Sicherheitsbehörden als Ermittlungsorgane in den Vorerhebungen zu verwenden.

In der Praxis geschieht es anders: der Staatsanwalt verzichtet in der Regel auf die Dienstleistung der Sicherheitsbehörden, verzichtet jedoch nicht auf gerichtliche Vorerhebungen, im Gegenteil ist diese Form des Vorverfahrens die beliebteste, meidet die Voruntersuchung, wo es nur möglich ist; die Vorerhebungen werden dem Untersuchungsrichter mit einem „allgemeinen" Antrage begleitet aufgetragen. Der Staatsanwalt bleibt dominus litis, der Untersuchungsrichter hat kein Recht zu widersprechen, dafür ist er immer der eventuellen Unzufriedenheit des Staatsanwaltes, daß er den sonst nicht ausgedrückten Wünschen nicht entgegengekommen ist, preisgegeben. Junge Untersuchungsrichter, welche nach dem zutreffenden Ausspruche Amschls das Schlagwort der Initiative entflammt, die nach dem Posten eines Staatsanwaltssubstituten und einem schnellen Avancement streben, lassen sich diese inferiore Stellung gefallen, die älteren, welche etwa infolge ihrer Untauglichkeit in Zivilsachen oder als Vorsitzende der Strafsenate sich nicht bewährt haben und zu Untersuchungsrichtern degradiert worden sind, haben keinen Mut, um die Selbständigkeit zu kämpfen.

Der Gesetzgeber hat die Gerichte entlasten gewollt, indem er dem Staatsanwalte die Polizei zur Verfügung gestellt,[1]) der

[1]) Durch diese Bestimmungen ist dem Staatsanwalte die Benutzung und Leitung der gerichtlichen Polizei zum Zwecke von Vorerhebungen zur Pflicht gemacht (Motive zu § 88 Str. P. O. und Regierungsvorlage vom 16. Februar 1872. Vgl. Mayer, Entstehungsgeschichte 462).

Staatsanwalt nimmt die Polizei in seltenen Fällen, dafür die Gerichte in der Regel zu Vorerhebungen in Anspruch. Auf diese Weise entstehen informative langdauernde Vorerhebungen, durch Untersuchungsrichter geführt.

Zweiter Abschnitt.

Die präzisierten Anträge der Staatsanwaltschaft, welche eine genau angegebene Handlung des Untersuchungsrichters beanspruchen, sind als Requisitionen zu betrachten (vgl. Waser, G. Z. ex 1877, Nr. 94), haben die Natur eines amtlichen Ersuchens (Gernerth, G. Z. ex 1874, Nr. 38).

Wie sie zu nennen sind, ob „Anträge", so wie es das Gesetz tut und dementsprechend Amschl (Beiträge 24), Mayer (Komm. I, 112) es verlangen, oder „Ersuchen", wie bei den Staatsanwaltschaften in Prag und Brünn gebraucht wird, ist ziemlich gleichgiltig (vgl. Glaser, H. B. II, 371, Note 22). Seinem Charakter nach ist ein solcher Antrag insoferne kein Antrag sensu stricto, daß in der Regel der entsprechende Richter nicht berechtigt ist darüber nachzudenken, ob er ihm beitreten soll oder nicht, sondern verpflichtet ist, ihn einer Requisition ähnlich zu erledigen. „Er hat zu prüfen, ob die beantragte Maßregel de jure zulässig, nicht aber de facto geboten, zweckmäßig oder angemessen ist" (Mayer, Komm. I, 92). Ausdrücklich bestimmt es die deutsche Strafprozeßordnung in bezug auf gerichtliche Requisitionen: „Das Ersuchen darf nicht abgelehnt werden" (§ 159).[1]) Die Maxime, daß eine Requisition nur dann abzulehnen ist, wenn dem ersuchten Richter die sachliche oder örtliche Zuständigkeit mangelt oder die diesbezügliche Handlung rechtswidrig (gesetzlich unzulässig) ist — gilt auch für die staatsanwaltschaftlichen Anträge.

Der Untersuchungsrichter darf die staatsanwaltschaftliche sachliche Kompetenz nur dann prüfen, wenn es sich um die Frage

---

[1]) Sehr charakteristisch für die deutsche Strafprozeßordnung ist es, daß nach § 160 die Anträge der Staatsanwaltschaft bei dem Amtsrichter des Bezirkes zu stellen sind, in welchem diese Handlung vorzunehmen ist. Der Amtsrichter ist eben mit Erledigung aller Requisitionen beauftragt. (Das Ersuchen um Rechtshilfe ist an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll. § 158 Ger. Verf. Ges., vgl. Holtzendorff, H. B. II, 540; Glaser, H. B. II, 369.)

handelt, ob die Strafsache, bezüglich welcher die Tätigkeit des Untersuchungsrichters in Anspruch genommen wird, der staatsanwaltschaftlichen Verfolgung unterliegt (§ 2 Str. P. O.), die örtliche wiederum insoferne, daß er den Antrag eines Staatsanwaltes, der seinen Sitz außerhalb des Gerichtes hat, bei welchem der Untersuchungsrichter, beziehungsweise der Bezirksrichter angestellt ist, ablehnen soll (vgl. Mayer, I, 350; Waser, G. Z. ex 1877, Nr. 70; Amschl, Beiträge 23). Die Frage der gesetzlichen Zulässigkeit kann in der Praxis streitig sein; nehmen wir ein Beispiel: die Staatsanwaltschaft stellt den Antrag auf eidliche Einvernehmung eines Zeugen. Wenn der Zeuge wegen eines Verbrechens sich in Untersuchung befindet, oder wegen eines solchen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist, oder schon einmal wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurteilt worden ist, oder zur Zeit der Abhörung das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat (§ 170 Abs. 2, 3, 4 Str. P. O.), wird der Richter den Antrag ablehnen und es wird sein Verfahren von niemandem bestritten, insoferne die zugrunde liegenden Tatsachen festgestellt sind. Dafür ist die Frage komplizierter, wo die entsprechende Tatsache von subjektiver Ansicht abhängig ist: z. B. ob der Zeuge an solcher Schwäche des Wahrnehmungs- oder Erinnerungsvermögens leidet, die die Beeidigung ausschließt (§ 170 Abs. 5 Str. P. O.), oder ob genügende Gründe vorliegen, nach welchen zu besorgen ist, daß der Zeuge bei der Hauptverhandlung nicht erscheinen wird (§ 169 Str. P. O.). In diesen zweifelhaften Fällen ist unseres Erachtens dem Untersuchungsrichter das Recht zuzuerkennen, nach freiem Ermessen die Frage zu entscheiden (es kennt derselbe die faktische Sachlage viel besser, als der nur aus den Akten seine Meinung schöpfende Staatsanwalt), selbstverständlich ohne das Beschwerderecht des letzteren auszuschließen (§ 113 Str. P. O.). Diese Frage des richterlichen Ermessens in bezug auf die Beeidigung der Zeugen (§ 160 Abs. 2 und § 65 Abs. 3 Str. P. O.) hat in Deutschland zu den strittigsten gehört (vgl. Kronecker, Bemerkungen aus der Praxis 10); heute äußert sich communis opinio zugunsten des Gerichtes (Löwe, Komm. 10. Aufl., S. 332, Note 2). Im Falle des § 57 Str. P. O. spricht das deutsche Gesetz selbst vom „richterlichen Ermessen".

Die gesetzliche Zulässigkeit (die sich mit der Frage der sachlichen Kompetenz decken kann) reicht über die abstrakte Zu-

lässigkeit einer bestimmten gerichtlichen Amtshandlung, es kann sich um konkrete Zulässigkeit handeln: der Untersuchungsrichter wird eine Handlung nicht vornehmen, obgleich sonst kein gesetzliches Hindernis stattfindet, wenn die Tat, wegen welcher die Staatsanwaltschaft verfolgt, entweder gar nicht strafbar ist oder eine Übertretung ausmacht. Deswegen ist der Staatsanwalt verpflichtet, genau anzugeben, in welcher Richtung derselbe die Vorerhebungen führt, welcher strafbaren Handlung er den Verdächtigen beschuldigt; wenn er dies unterläßt, darf er keine gerichtliche Amtshandlung beanspruchen; es ist möglich, daß der Untersuchungsrichter die strafrechtliche Qualifikation anders beurteilen und seine sachliche Kompetenz (die Tat bildet eine Übertretung § 11 Abs. 2 Str. P. O.) bestreiten, die Amtshandlung als gesetzlich unzulässig (die Durchsuchung von Papieren dritter Personen und Beschlagnahme oder Eröffnung von Briefen (§ 452 Abs. 4 Str. P. O.) nicht vornehmen wird.

Sonst ist der Untersuchungsrichter absolut an Anträge des Staatsanwaltes gebunden (Amschl 23; Hoegel, Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche S. 19). In der Praxis mehrerer oberlandesgerichtlicher Sprengel (Prag, Wien, Zara, Krakau) ist die Frage, ob der Untersuchungsrichter auch die Zweckmäßigkeit des staatsanwaltschaftlichen Antrages während der Vorerhebungen prüfen darf, ein Stein des Anstoßes zwischen dem Gerichte und der Staatsanwaltschaft, in anderen (Lemberg) ist die Frage zugunsten des Gerichtes längst entschieden.

Wie ist es dazu gekommen?

Zur Begründung der dem Geiste der Strafprozeßordnung widersprechenden Ansicht werden folgende Argumente angeführt:

1. daß der Untersuchungsrichter bei den Vorerhebungen dieselben Rechte und Obliegenheiten hat, welche dem Untersuchungsrichter während der Voruntersuchung zukommen (§ 88 Ab. 2 Str. P. O., vgl. Waser, G. Z. ex 1875, Nr. 16 und 45; Mitterbacher-Neumayer, Komm. 243). Dieses Argument, dem in der Praxis großes Gewicht beigelegt wird, ist ganz und gar nicht stichhältig. Wie aus der Zusammenstellung des zweiten Absatzes des § 88 mit dem dritten ersichtlich ist, hat das Gesetz unter „Rechte" nicht auch das Recht nach §§ 92 und 97 Str. P. O. verstanden.

Es handelt sich hier nur um das Verhältnis des Untersuchungsrichters zu den Beweismitteln, ihrer Durchführung, das bei

den Gerichten anders als bei den Polizeibehörden sich darstellt; die letzteren haben z. B. kein Recht, die Zeugen zu beeidigen, durch Disziplinarbestrafung zur Ablegung des Zeugnisses oder Leistung des Zeugeneides anzuhalten (§ 160 Str. P. O.), haben keine Pflicht, die Wohltat des § 152 Str. P. O. vorzuhalten, zur Angabe der reinen Wahrheit zu ermahnen (§ 165 Str. P. O.), während der Erhebungsrichter diese Rechte und Obliegenheiten nach Analogie der Untersuchung hat. Es handelt sich also um eine andere Frage als die des Verhältnisses zum Staatsanwalt. Ganz klar wird die Frage durch die Beratungen der Kommission vom Jahre 1863 und Spezialmotive zum entsprechenden Paragraphen des zweiten Entwurfes vom Jahre 1863 (vgl. Mayer, Entstehungsgeschichte 461 bis 462). Welche Bedeutung dem Ausdrucke „dieselben Rechte und Obliegenheiten" beizulegen ist, folgt auch aus dem Beschlusse derselben Kommission bezüglich des § 92 (des heutigen § 89!). „Die Bezirksrichter haben zwar die zu ihrer Kenntnis kommenden Verbrechen und von amtswegen zu verfolgenden Vergehen unverweilt dem Staatsanwalte anzuzeigen, zugleich aber und ohne die Verfügung des letzteren abzuwarten, die Vorerhebungen vorzunehmen. Sie haben dabei jene Rechte und Obliegenheiten, welche dem Untersuchungsrichter in der Voruntersuchung zukommen" (Mayer, Entstehungsgeschichte 467). Hier kann doch von „Bedenken, einem Antrage beizutreten", keine Rede sein, da es in diesem Stadium keine Anträge gibt.

2. daß § 36 Str. P. O., der von den Pflichten der administrativen und Polizeibehörden im Verhältnis zu der Staatsanwaltschaft und von deren Unterordnung der letzteren gegenüber handelt, nirgends die Gerichte erwähnt, woraus zu schließen wäre, daß nur die erwähnten Behörden, nicht aber die Gerichte absolut verpflichtet sind, die Anträge der Staatsanwaltschaft zu erledigen. Dieses Argument trägt dem Verhältnisse des § 36 zu vorangehenden und folgenden, sowie auch dem Geiste der ganzen Strafprozeßordnung keine Rechnung.

§ 36 handelt nicht von Untersuchungshandlungen sensu stricto, sondern von der Unterstützung der Staatsanwaltschaft seitens der Sicherheits- oder anderen Staats-, Landes- oder Gemeindebehörden, beziehungsweise der bewaffneten Macht; § 36 bestimmt mit Bezug auf die Staatsanwaltschaft dasselbe, was § 26 in bezug auf

Gerichte enthält, und wenn §§ 24 bis 28 den gemeinsamen Titel: „Verhältnis der Strafgerichte zu anderen Behörden" tragen, könnten die §§ 35 bis 37 ebensogut betitelt werden: „Verhältnis der Staatsanwaltschaften zu anderen Behörden."

Über das Verhältnis der Staatsanwälte zu Untersuchungsrichtern, beziehungsweise Erhebungsrichtern handeln entsprechende Vorschriften über das Vorverfahren.

Einen Beweis, daß aus § 36 Str. P. O. keine Folgerungen bezüglich der in Rede stehenden Frage zu ziehen sind, liefert die deutsche Strafprozeßordnung, die zwar den §§ 36 und 88 Abs. 3 analoge Bestimmungen im § 159 (dem § 26 im § 187) enthält, trotzdem eine Prüfung der Zweckmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anträge nicht zuläßt (vgl. § 160). Der Amtsrichter ist verpflichtet, dem Ansinnen des Staatsanwaltes nachzukommen, wenn dasselbe nach den Umständen des Falles als gesetzlich zulässig erscheint (Stenglein, Lehrb. 234; vgl. Schwarze, Komm. 307 bis 308; Kries, Z. f. g. Str. R. W. IX, 52 ff.).

3. daß § 12 Str. P. O. und § 7 Vollz.-Vorschr., welche von der Aufsicht der Ratskammer über die Tätigkeit der Untersuchungsrichter und Bezirksgerichte in bezug auf das Vorverfahren handeln, auch Vorerhebungen erwähnen, es folge also daraus, daß die Ratskammer dem Erhebungsrichter gewisse Weisungen erteilen, die den staatsanwaltschaftlichen Anträgen widerfahren, beziehungsweise auf Grund seines Berichtes die Einstellung der Vorerhebungen beschließen darf, es folge „das Recht auch auf die Art und Weise, wie die Vorerhebungen von den Untersuchungsrichtern gepflogen werden, Einfluß zu nehmen (Waser, G. Z. Nr. 45, 1875).

Es ist nicht zu vergessen, daß § 94 Str. P. O., der von den „monatlichen" Berichten des Untersuchungsrichters handelt, ausdrücklich nur die anhängigen Voruntersuchungen erwähnt, ebenso nur auf Voruntersuchungen jene Vorschrift Anwendung hat, daß „auch während des Monats, wenn er dies wegen der Wichtigkeit einer Sache für nötig erachtet, oder die Entscheidung der Ratskammer einzuholen hat", der Bericht der Ratskammer erstattet werden kann. Die Vorschrift des § 94 Str. P. O. darf nicht extensiv interpretiert, darf nicht auf Vorerhebungen bezogen werden, denn die auf diese extensive Interpretation basierende Praxis ist durch keine gesetzlichen Vorschriften zu begründen. Es ist nicht leicht

zu ermitteln, wie man zu dieser gesetzwidrigen Praxis manche Gerichte gekommen ist: es führt doch die Ratskammer selbst in der Praxis keine Kontrolle über die bei den Bezirksgerichten anhängigen Vorerhebungen (mit Ausnahme der ungemein seltenen durch die Ratskammer auf Grund des § 12 Abs. 2 Str. P. O. „delegierten"), da dieselbe dem Staatsanwalt ausschließlich zusteht (§ 12 V. V.). Diese Praxis müssen wir auf Reminiszenzen der Strafprozeßordnung vom Jahre 1853 zurückführen. Bekanntlich war damals der Untersuchungsrichter verpflichtet, von 14 zu 14 Tagen über alle anhängigen Untersuchungen (nicht nur „Spezialuntersuchungen", sondern auch „Voruntersuchungen" — den heutigen „Vorerhebungen" analog) „auch über diejenigen Anzeigen, welche er zu einem Strafverfahren nicht für geeignet hielt, dem Gerichtshofe mündlichen Vortrag zu erstatten".

Es ist nicht zu vergessen, daß die Kommission vom Jahre 1861, um dieser extensiven Interpretation vorzubeugen, den ursprünglichen Ausdruck „Untersuchungen" im heutigen § 94 durch „Voruntersuchungen" vertreten ließ (Mayer, Entstehungsgeschichte 485). Es ist auch nicht zu vergessen, daß laut § 12 Abs. 1 „die Ratskammer die Aufsicht über alle nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 und des § 11 in seinen (des G. H.) Sprengel fallenden Voruntersuchungen und Vorerhebungen führt" und im § 11 nur die Voruntersuchungen erwähnt werden, ergo die Vorerhebungen des Untersuchungsrichters dazu nicht gehören.

Die Praxis mancher Gerichte führt diese Aufsicht der Ratskammer über den Stand der Vorerhebungen soweit, daß es zu folgenden Ratskammerbeschlüssen kommt: „Die Ratskammer nimmt den Bericht des Untersuchungsrichters zur Kenntnis und empfiehlt, die Vorerhebungen zu beschleunigen." (!) Solche administrative Aufsicht der Ratskammer über die Tätigkeit des Erhebungsrichters, ja auch des Untersuchungsrichters während der Untersuchung, wird ja auch der eifrigste Repräsentant des Kollegialsystems im Vorverfahren (vgl. Ortloff, Z. f. g. Str. R. W. II, 528 ff.) nicht billigen. Es gibt auch Ratskammerbeschlüsse anderen Inhalts: „Die Ratskammer nimmt den Bericht des Untersuchungsrichters zur Kenntnis und empfiehlt demselben, binnen acht Tagen (!) neuerlich Bericht zu erstatten." Wöchentliche Berichte über den Stand der Vorerhebungen vor der Ratskammer, das ist eine Gewohnheit,

die selbst die Institution der zweiwöchentlichen Berichte des Gesetzes vom Jahre 1853 (§ 63) übertrumpft hat. Und es hat doch das Gesetz vom Jahre 1873 diese Institution auf Voruntersuchungen beschränken und selbst für diese Fälle reformieren wollen. „Nach dem Entwurfe soll das verhältnismäßig wenig nützliche und zeitraubende Geschäft nur einmal im Monate vorgenommen werden. Die Bestimmung hat auch den Zweck, die Selbständigkeit des Untersuchungsrichters dadurch zu erhöhen, daß ihm nicht zu viel Gelegenheit geboten wird, sich hinter die Verantwortlichkeit des Kollegiums zurückzuziehen (Motive bei Mayer, Entstehungsgeschichte 485).

Die Aufsicht der Ratskammer über die Vorerhebungen beschränkt sich:

a) auf Entscheidung der Beschwerden wider die Verfügungen oder Verzögerungen des Untersuchungsrichters (§ 113 Str. P. O.); *b)* auf Übertragung der dem Untersuchungsrichter zukommenden Vornahme von Vorerhebungen an ein im Sprengel des Gerichtshofes gelegenes Bezirksgericht, beziehungsweise Zurückziehung derselben (§ 12 Abs. 2 Str. P. O.).

Den Gang dieser „delegierten" Vorerhebungen beaufsichtigt die Ratskammer (§ 12 Str. P. O., § 7 V. V.) und das Bezirksgericht über diese Vorerhebungen soll monatlich schriftlichen Bericht erstatten (§ 63, Abs. 2 V. V., § 401 Abs. 8, § 247 Abs. 3 und § 250 Abs. 2 Ger. Instr.).

Weder der Untersuchungsrichter noch das Bezirksgericht ist verpflichtet, über den Gang anderer Vorerhebungen der Ratskammer zu berichten. Eine entgegengesetzte Praxis bezüglich der Bezirksgerichte wurde durch das k. k. Justizministerium als irrtümlich anerkannt (vgl. J. M. Verordnung vom 14. Mai 1899, Nr. 18 des J. M. V. Bl.). In diesen Fällen liegt das Aufsichtsrecht über die Vorerhebungen dem Staatsanwalt ob, sie stehen unter seiner Kontrolle (vgl. Mitterbacher, Str. P. O. S. 200; Gernerth, G. Z. ex 1875, Nr. 1).

Die Ratskammer ist in diesen Fällen bloß eine Beschwerdeinstanz (Mayer I, 400, 5; Amschl, Beiträge 37 und G. Z. ex 1898, Nr. 31).

4. Man begegnet in der Praxis auch folgender deductio ad absurdum: wenn der Privatkläger während der auf Grund seines

Begehrens eingeleiteten Vorerhebungen (§ 46 Str. P. O.) zur Geltendmachung seiner Anklage alle Schritte bei Gericht einleiten darf, zu welchen sonst der Staatsanwalt berechtigt ist, so darf der Untersuchungsrichter seinem Verhältnisse zum Staatsanwalt analog auch die Zweckmäßigkeit der Anträge des Privatanklägers nicht überprüfen.

Diese Fragestellung basiert auf einem falschen Ausgangspunkt — sie nimmt zur Voraussetzung, daß das Verhältnis des Untersuchungsrichters zu jedem Ankläger identisch ist und es ist nicht so, der Privatankläger vertritt nicht das Interesse des Staates am Ausmaße der Gerechtigkeit, er führt nicht die Vorerhebungen mit Zuhilfenahme der Verwaltungs-, beziehungsweise Gerichtsbehörden, sondern er ersucht das Gericht um Einleitung der Voruntersuchung, beziehungsweise der Vorerhebungen (dies letztere ist zweifelhaft, weil das Argument [Rulf, Komm. 71; Ullmann, Str. P. O. 2. Aufl., 293; Mayer I, 183], daß, wenn der Privatkläger das Recht hat, während der Vorerhebungen Anträge zu stellen, er auch das Recht hat, den Antrag auf Einleitung der Vorerhebungen zu stellen, ist nicht überzeugend, da es geschehen kann, wie es in der Praxis vorkommt, daß die Ratskammer den Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung ablehnt und die Vorerhebungen angemessen findet und während dieser Vorerhebungen der Privatkläger seine Anträge stellt).[1]

Der Antrag des Privatanklägers hat den Charakter eines amtlichen Ersuchens seitens einer zur Erfüllung der Pflichten der Rechtspflege berufenen Behörde nicht, er trägt Merkmale bloß einer Bitte an sich, welche der Untersuchungsrichter berücksichtigen kann, kann aber auch es nicht tun. Diese Vorerhebungen führt der Untersuchungsrichter mit derselben Ungebundenheit, mit welcher er sich in der Voruntersuchung bewegt, er prüft die Anträge des

---

[1]) Amschl, Verfahren in Preßsachen, G. Z. ex 1901, Nr. 35, geht weiter, er will dem Privatankläger das Recht auf Vorerhebungen in keinem Falle zuerkennen. „Stünden dem Privatankläger Vorerhebungen zu, so könnte ihm ebensowenig eine Frist zur Einbringung der Anklageschrift gesetzt werden, als dem Staatsanwalt." Damit bin ich wiederum nicht einverstanden, denn erstens sind Vorerhebungen im § 46 Str. P. O. ausdrücklich erwähnt, zweitens daraus, daß der Privatankläger während derselben Anträge stellt, führt gar nicht zur Gleichstellung mit dem Staatsanwalt.

Privatklägers bezüglich des Zweckes, den sie erlangen sollen, darf sie ablehnen und dem Privatkläger steht nur das Rechtsmittel der Beschwerde an die Ratskammer zu (§ 113 Str. P. O.).

Die Praxis ist auch in dieser Richtung bei manchen Gerichten anders, unseres Erachtens nicht zutreffend gestaltet. Der Untersuchungsrichter, wenn er den Antrag des Privatklägers während der Vorerhebungen ablehnen will, muß vorher den Beschluß der Ratskammer einholen. Zur Begründung dieser Praxis wird wiederum die Vorschrift des § 88 Abs. 2 Str. P. O. angeführt, infolge welcher auch während diesen Vorerhebungen die Befragung der Ratskammer nach § 92 Abs. 3 Str. P. O. das Recht, beziehungsweise die Pflicht des Untersuchungsrichters bildet. Wenn wir überhaupt gegen die analoge Anwendung des § 92 Abs. 3 Str. P. O. während der Vorerhebungen protestiert haben, so können wir desto weniger diese Art der Interpretation des § 88 Abs. 2 Str. P. O. bezüglich der auf Grund einer Privatklage geführten Erhebungen als zulässig erachten.

Es ist also klar, daß, wenn der Untersuchungsrichter verpflichtet ist, den staatsanwaltschaftlichen Anträgen in den Vorerhebungen unter den oben angeführten Voraussetzungen zu entsprechen, so folgt daraus die entsprechende Pflicht bezüglich des Privatklägers noch nicht. Die ganze deductio ad absurdum ist vollkommen mißlungen.

Dritter Abschnitt.

Die Beschlüsse der Ratskammern, die in den Vorerhebungen die Zweckmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anträge überprüfen, gelangen in manchen Sprengeln (so viel wir wissen in Wien, Prag, Brünn, Krakau, Zara) infolge einer staatsanwaltschaftlichen Beschwerde an das Oberlandesgericht, welches die Frage hie und da grundsätzlich entscheidet, nämlich in der die Kompetenz der Ratskammer negierenden Richtung (manchmal wird die Beschwerde als in merito unbegründet abgewiesen).

Es ist charakteristisch, daß die oberwähnten staatsanwaltschaftlichen Beschwerden im Instanzenwege durch das Oberlandesgericht in merito entschieden und nicht a limine, als in formali nicht zulässig, abgelehnt werden.

Bekanntlich sind die Fälle, in welchen die Staatsanwaltschaft gegen die Beschlüsse der Ratskammer beim Oberlandesgerichte

sich beschweren darf, im § 114 Str. P. O. taxativ aufgezählt. Ausscheidung einzelner Strafsachen aus dem gemeinsam zu führenden Strafverfahren, Aufhebung der Haft, Bestimmung der Versicherungssumme, Ablehnung des Antrages auf Einleitung der Voruntersuchung oder Einstellung der letzteren. § 15 Str. P. O. enthält zwar die Vorschrift, daß die Oberlandesgerichte über alle Beschwerden gegen die Strafgerichte zu entscheiden haben, aber nur „soweit nicht der Rechtszug ausdrücklich untersagt oder anders geordnet ist".

Im gegebenen Falle ist der weitere Rechtszug ausdrücklich untersagt, da § 114 Abs. 1 den Grundsatz aufstellt, daß gegen Entscheidungen der Ratskammer, die durch Beschwerden während des Vorverfahrens veranlaßt worden sind, in der Regel kein weiterer Rechtszug stattfindet. Die Ausnahmen von dieser Regel haben wir aufgezählt.

Wenn auch § 15 Str. P. O. diese Vorschrift nicht enthielt, so würde es trotzdem keinem Zweifel unterliegen, daß in anderen Fällen die Beschwerde nicht zulässig ist, es weist darauf der erste Absatz des § 15 hin — der lautet: „Die Gerichtshöfe zweiter Instanz entscheiden über Beschwerden gegen Beschlüsse der Ratskammer (§ 114)" — also nur über die im § 114 aufgezählten Beschwerden.

Dieses Argument steht zugleich im Wege der Möglichkeit einer übertrieben grammatischen Interpretation des § 113 Str. P. O. In einer Strafsache wurde zur Begründung der These, daß dem Staatsanwalte das Recht der Beschwerde gegen den Beschluß der Ratskammer zusteht, welche die Ablehnung eines „allgemeinen" Antrages seitens des Untersuchungsrichters gebilligt hat, die Ansicht angeführt, daß § 114 Str. P. O. nur von Verfügungen des Untersuchungsrichters während der Vorerhebungen handelt, und „nur gegen die während der Vorerhebungen gefaßten Beschlüsse der Ratskammer gestatte der § 114 in der Regel keinen weiteren Rechtszug", „diese Regel komme jedoch im gegebenen Falle gar nicht zur Anwendung; denn es handle sich nicht um eine Verfügung des Untersuchungsrichters während der Vorerhebungen, sondern um einen Konflikt . . . wegen der Vorerhebungen" (G. Z. Nr. 51 ex 1876). Dieser Ansicht widerspricht die Anführung des § 114 im § 15. Nur die dort aufgezählten Ratskammerbeschlüsse dürfen Gegenstand einer Beschwerde werden.

Wir müssen hier einen Umstand hervorheben, der oft zu Mißverständnissen Anlaß gibt. § 15 Str. P. O., der die Fälle der Beschwerde als Rechtsmittel erwähnt, kennt auch die sogenannte Aufsichtsbeschwerde, indem er als Pflicht der Oberlandesgerichte bestimmt: sie haben die Aufsicht über die Wirksamkeit der Strafgerichte ihres Sprengels zu führen (vgl. § 34 Str. G. Instr. und § 74 ff. G. Org. G.). Im Sinne dieses Aufsichtsrechtes darf das Oberlandesgericht den untergeordneten Gerichten Belehrungen zum Zwecke der Herbeiführung einer einheitlichen, dem Gesetze entsprechenden Praxis erteilen. Eine Belehrung dieser Art kann auch der Staatsanwalt durch einen schriftlichen Vortrag über gesetzwidrige Praxis hervorrufen. Ein solcher Vortrag (die sogenannte Aufsichtsbeschwerde) bildet aber kein Rechtsmittel, wird nicht gegen einen Beschluß gerichtet, sondern aus Anlaß eines Beschlusses verfaßt, das Oberlandesgericht hat nicht meritorisch über den entsprechenden Beschluß zu entscheiden, sondern bloß das bezügliche Gericht zu belehren.

Es gibt zwar Fälle, in welchen das Oberlandesgericht auch meritorisch infolge einer Aufsichtsbeschwerde entscheidet (vgl. Ol. Entsch. vom 28. November 1893, Z. 13.886, bei Granichstädten, Berufungsverfahren, 4), aber nur da, wo es unbedingt notwendig ist, wie z. B. wo es sich darum handelt, daß die vom Gesetze gewährten Rechtsmittel nicht verkümmert werden, und jedenfalls nur da, wo der Rechtsweg nicht ausdrücklich untersagt oder anders geordnet ist (§ 15). Im gegebenen Falle ist der weitere Rechtszug ausgeschlossen (§ 114).

Es wird zur Begründung der irrtümlichen, dem Gesetze widersprechenden Praxis die Rücksicht auf den weiteren Gang der Strafsache und die schwere Stellung des Staatsanwaltes angeführt, sollte der die Einleitung von Vorerhebungen ablehnende Beschluß der Ratskammer in Kraft bestehen. Dieser Grund, sollte er auch aus Opportunitätsrücksichten stichhältig sein, reicht nicht aus, um eine dem Gesetze widersprechende Praxis zu rechtfertigen; auch vom Standpunkte der strafprozessualen Technik widersteht er keiner Kritik: vor dem Staatsanwalt stehen im Falle eines solchen, die Einleitung von Vorerhebungen ablehnenden und vom Oberlandesgerichte theoretisch verdammten Beschlusses der Ratskammer zwei Wege offen:

a) *α)* wenn der Antrag auf Einleitung von Vorerhebungen überhaupt abgelehnt worden ist, darf der Staatsanwalt auf Grund des § 363 Abs. 1 Str. P. O. denselben wiederholen, *β)* wenn der Antrag auf Vornahme einer genau präzisierten Amtshandlung gelautet hat, darf er ihn jedenfalls (ohne Voraussetzungen des § 363 Abs. 1 Str. P. O., da die Vorerhebungen als solche nicht eingestellt worden sind) wiederholen;

b) sollte die Ratskammer auf Grund des § 90 Str. P. O. die Vorerhebungen eingestellt haben (alles ist möglich), so kann der Staatsanwalt entweder, wenn der Verdächtige noch nicht als solcher einvernommen worden ist, die gerichtlichen Vorerhebungen weiter führen, oder die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 352 Str. P. O.) veranlassen, oder endlich auf Grund der polizeilichen Vorerhebungen die Anklageschrift einreichen.

Es geschieht anders: das Oberlandesgericht hebt auf Grund seines Aufsichtsrechtes die bezüglichen Beschlüsse der Ratskammer als nichtig auf und empfiehlt dem Untersuchungsrichter, die entsprechenden Amtshandlungen sofort vorzunehmen.

Diese Form der Erledigung entspricht weder dem Zwecke noch dem Gesetze. Wenn die Aufsichtsbeschwerde zum Zwecke hat, eine irrtümliche Interpretation der gesetzlichen Vorschriften oder eine rechtswidrige Praxis aus der Welt zu schaffen, so reicht es nicht aus, wenn das Oberlandesgericht a casu ad casum einen Beschluß in concreto aufhebt, davon weiß ja nur der entsprechende Untersuchungsrichter, der die Zuschrift des Oberlandesgerichtes bekommt und den Akten der Strafsache einverleibt. Nein! Es ist in solchen Fällen eine ganz andere Form angezeigt: das Oberlandesgericht belehrt das ganze Gericht oder selbst sämtliche in seinem Sprengel befindlichen Gerichte, davon erhalten alle richterlichen Beamten Nachricht, und da ist es schon wenigstens wahrscheinlich, daß ein solcher Fall nicht so leicht wiederkommt.

Daß die oberwähnte Form der oberlandesgerichtlichen Resolution dem Gesetze widerspricht, ist klar. Wir wissen, daß nur in Ausnahmsfällen das Oberlandesgericht auf Grund einer Aufsichtsbeschwerde den entsprechenden Beschluß aufheben darf und jedenfalls nur dann, wenn der weitere Rechtszug nicht ausgeschlossen oder nicht anders geordnet ist. In diesem Falle ist er ausgeschlossen.

Wir erinnern an die grundsätzliche Entscheidung des Kassationshofes vom 7. Januar 1887, Slg. Nr. 1006, die eine solche Umgehung des Gesetzes unter dem Titel des Aufsichtsrechtes ausdrücklich verbietet: „Das Oberlandesgericht ist nicht befugt, auf Grund des ihm nach § 15 eingeräumten Aufsichtsrechtes die im ordentlichen Rechtszuge unanfechtbaren, über Berufungen in Übertretungsfällen von den Gerichtshöfen der ersten Instanz gefällten Urteile zu reformieren, weil bezüglich dieser Urteile, gegen welche nur das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes platzgreifen kann, der Rechtszug in Wirklichkeit anders geordnet ist."

Wenn wir die Ursache dieser gesetzwidrigen Praxis suchen, finden wir dieselbe wiederum in der geschichtlichen Entwicklung und in dem Einflusse, den die Strafprozeßordnung vom Jahre 1853 auf die weitere Bildung der prozessualen Prinzipien selbst unter der Herrschaft der neuen Kodifikation ausgeübt hat. Dieser Abusus stützt sich auf die ausdrückliche Vorschrift der §§ 64 und 65 der Str. P. O. vom Jahre 1853. „Ebenso steht jedermann, der sich durch eine Verfügung oder Verzögerung des Untersuchungsrichters beschwert erachtet, die Befugnis zu, darüber die Entscheidung des Gerichtshofes zu verlangen, ohne daß jedoch deshalb der Vollzug der Verfügung des Untersuchungsrichters gehemmt werden darf (§ 64 Abs. 2). Gegen alle in Beziehung auf die Untersuchung oder im Laufe derselben erfolgenden Beschlüsse und Verfügungen des Gerichtshofes steht, insoweit dadurch nicht bloß Erhebungen oder Ergänzungen derselben angeordnet werden, sowohl dem Staatsanwalte als auch jedem Beteiligten eine Beschwerde an das Oberlandesgericht zu" (§ 65 Abs. 2).

Diese Reminiszenz ist für die Praxis verhängnisvoll geworden; es sind über 30 Jahre seit der Einführung der neuen Strafprozeßordnung, und doch de facto regelt in der Praxis die Frage der Beschwerden an das Oberlandesgericht während des Vorverfahrens nicht § 114 derselben, sondern § 65 Abs. 2 der Str. P. O. vom Jahre 1853.

Die in Rede stehenden oberlandesgerichtlichen Entscheidungen verdienen noch von einem anderen Standpunkte aus Beachtung.

Das Oberlandesgericht kennt auf Grund der Akteneinsicht genau die usuelle Form der staatsanwaltschaftlichen „allgemeinen"

Anträge und die passive Rolle der Erhebungsrichter denselben gegenüber. Trotzdem ziehen die Oberlandesgerichte die Konsequenz aus ihrem Aufsichtsrechte nicht, um die untergeordneten Gerichte auf ihre Stellung, auf ihre Würde hinzuweisen und zu belehren, daß sie während der Vorerhebungen nur präzisierte Anträge zu erfüllen verpflichtet sind.

Vierter Abschnitt.

Wir haben festgestellt, daß diese Fragestellung, der wir gewöhnlich in der Theorie und in der Praxis begegnen, d. h. „darf der Untersuchungsrichter, wenn er während der Vorerhebungen Bedenken findet, einem Antrage der Staatsanwaltschaft beizutreten, den Beschluß der Ratskammer einholen?" fehlerhaft ist und zur Lösung nicht führt; wir haben zugleich festgestellt, daß zu dieser Formulierung der Frage die gesetzwidrige Praxis beigetragen hat, die aus Vorerhebungen, einer par excellence dem Staatsanwalte zu Gebote stehenden Institution pro informatione (in der Regel vermittels der Sicherheitsbehörden, ausnahmsweise mit Zuhilfenahme der Untersuchungs-, beziehungsweise Bezirksrichter eine Institution gerichtlicher, der „Untersuchung" der Strafprozeßordnung vom Jahre 1853 entsprechender Erhebungen eine im steten Gebrauche befindliche, über 70% des Vorverfahrens ausmachende Institution gebildet hat; wir haben festgestellt, daß zu dieser Fragestellung die Praxis beigetragen hat, weil:

a) die Untersuchungsrichter die sogenannten „allgemeinen" Anträge der Staatsanwaltschaft über sich ergehen lassen und erfüllen, infolgedessen ihre Stellung zum Niveau der Polizeibehörden sinkt, welche in diesem Stadium des Verfahrens dem Staatsanwalt das Material zur Orientierung und Information zu liefern berufen sind;

b) die Ratskammer dieses verkehrte Rechtsverhältnis billigt, indem sie den Untersuchungsrichtern aufträgt, über den Stand solcher auf Grund „allgemeiner" staatsanwaltschaftlicher Anträge eingeleiteten Vorerhebungen (Reminiszenz des § 63 Abs. 3 Str. P. O. vom Jahre 1853) bei Gelegenheit der monatlichen Berichte über den Stand der anhängigen Voruntersuchungen (§ 94 Str. P. O.) Bericht zu erstatten, obgleich solche Berichterstattung in bezug auf Vorerhebungen (jedenfalls nur in der Form eines schriftlichen Ausweises) nur in den Fällen der nach § 12 der Str. P. O. von

der Ratskammer den Bezirksgerichten übertragenen Vorerhebungen stattfinden soll (§ 63 Abs. 4 Vollz. Vorschr.) und obgleich die Aufsicht der Ratskammer über die von Untersuchungsrichtern geführten Vorerhebungen nur in der Form der Entscheidung der gegen Verfügungen derselben eingebrachten Beschwerden (§ 113 Str. P. O.) stattfinden soll;

c) das Oberlandesgericht diesen gesetzwidrigen Umstand billigt, indem es: 1. die wider Beschlüsse der Ratskammer während und wegen der Vorerhebungen eingebrachten Beschwerden der Staatsanwaltschaft, obgleich sie den §§ 15 und 114 Str. P. O. gemäß unzulässig sind, in merito entscheidet, anstatt a limine abzulehnen (Reminiszenz der §§ 64 Abs. 2, 65 Abs. 2 Str. P. O. vom Jahre 1853); 2. in seinem auf Grund des Rechtes der Aufsicht über die Wirksamkeit der Strafgerichte gefaßten Beschlüssen keine Notiz nimmt von der Unzulässigkeit der „allgemeinen" Anträge der Staatsanwaltschaft und der auf Grund derselbsn eingeleiteten Vorerhebungen, sondern im Gegenteil durch die Aufstellung des allgemeinen Prinzips (ohne irgend eine Bemerkung), daß der Untersuchungsrichter die staatsanwaltschaftlichen Anträge der Ratskammer zur Entscheidung während der Vorerhebungen nicht unterbreiten darf, den Zustand als dem Gesetze entsprechend zu betrachten scheint. Wenn wir unsere Ansichten über die in Rede stehende Frage kurz zusammenfassen sollen, so kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

1. Die Anträge der Staatsanwaltschaft auf Vornahme genau präzisierter Amtshandlungen haben den Charakter der amtlichen Requisitionen (Analogie der §§ 26, 36 und 93 Str. P. O.), der Untersuchungsrichter darf seine Kompetenz und gesetzliche Zulässigkeit des Antrages, nie aber seine Zweckmäßigkeit, da er den Zweck des Verfahrens nicht kennt, prüfen. Es ist eine Pflicht der Staatsanwaltschaft, die Zuhilfenahme der Gerichte zu solchen informativen Erhebungen (Requisitionen) auf das Minimum zu beschränken und zu Zwecken der Orientierung die Sicherheitsbehörden zu gebrauchen. Sollte aber die Staatsanwaltschaft diese Pflicht vergessen und Gerichte mit solchen genau präzisierten und formell begründeten Anträgen übermäßig belasten, so haben die Untersuchungs- (beziehungsweise Bezirks-) Richter keine Rechtsmittel dagegen, sie dürfen auch nicht ihre Bedenken bei der Ratskammer vortragen

und deren Entscheidung über die Zweckmäßigkeit des Antrages veranlassen.

Den gerichtlichen Behörden steht nur das Mittel der administrativen Beschwerde zu — an das Oberlandesgericht, die entsprechende Oberstaatsanwaltschaft, das Justizministerium.

2. Die sogenannten „allgemeinen" Anträge, „Vorerhebungen zu pflegen", sind nicht zulässig. Derartige gesetzwidrige Anträge darf der Untersuchungsrichter a limine ablehnen, ohne den Beschluß der Ratskammer einzuholen, weil dieselbe in der Regel nicht berechtigt ist, Berichterstattungen des Erhebungsrichters über den Stand der Vorerhebungen entgegenzunehmen (Ausnahmen: *a)* Beschwerden wider den Untersuchungsrichter, also auch Beschwerden des Staatsanwaltes wider denselben im Falle einer Ablehnung des staatsanwaltschaftlichen Antrages, *b)* Übertragung der Vorerhebungen an das Bezirksgericht).

Sollte aber ein solcher Ratskammerbeschluß stattfinden (dem Ablehnungsantrage des Erhebungsrichters zustimmend), so stehen dem Staatsanwalte keine weiteren Rechtsmittel zu, insbesondere nicht die Beschwerde an das Oberlandesgericht.

3. Der Staatsanwalt ist während der Vorerhebungen zu folgenden Schritten dem Untersuchungsrichter gegenüber berechtigt: *a)* er darf Vornahme gewisser präzisierter Amtshandlungen in präzisierten Strafsachen beantragen, *b)* wenn der Erhebungsrichter den Antrag auf Vornahme einer Amtshandlung ablehnt, so hat er das Beschwerderecht (§ 113 Str. P. O.) an die Ratskammer, *c)* im Falle eines Ratskammerbeschlusses (entweder infolge der staatsanwaltschaftlichen Beschwerde oder eines sonst unzulässigen Ablehnungsantrages des Erhebungsrichters), der für den Staatsanwalt nicht günstig ist, hat derselbe zwar kein Beschwerderecht (§ 114 Str. P. O.), darf jedoch nur eine allgemeine Klage über gesetzwidrige Praxis im gegebenen Gericht mit der Bitte, dasselbe auf Grund der §§ 15 Str. P. O., 34 Str. Ger. Instr., 74 Org. Ges. zu belehren, bei dem Oberlandesgerichte führen.

4. Es ist eine Pflicht der Oberlandesgerichte, auf Grund des § 15 Str. P. O. Aufsicht über die Wirksamkeit der Strafgerichte ihres Sprengels und Anwendung des Geistes und der Vorschriften des Gesetzes vom Jahre 1873 zu führen; ihre Pflicht ist es also, jedwede Reminiszenz anderer Prinzipien, besonders der

des Gesetzes vom Jahre 1853 bei jeder Gelegenheit auszurotten. Es ist also Aufgabe der Oberlandesgerichte, in bezug auf Vorerhebungen:

a) den Untersuchungsrichtern und Bezirksrichtern die Einleitung von Vorerhebungen auf Grund „allgemeiner" Anträge der Staatsanwaltschaft zu verbieten;

b) die Vorsteher der Strafgerichte, beziehungsweise Kreisgerichte zu belehren, daß die monatlichen Berichte vor der Ratskammer die Vorerhebungen nicht umfassen, sondern sich ausschließlich auf Voruntersuchungen beziehen. Die Aufsicht über die Vorerhebungen steht in erster Linie dem Staatsanwalte zu, und die Oberaufsicht über die Tätigkeit des Untersuchungsrichters außer der Voruntersuchung (Vorerhebungen, Rechtshilfesachen[1]) die sogenannten *Ns*-Sachen, Verwahrung der corpora delicti usw.) nicht der Ratskammer, sondern dem Gerichtsvorsteher;

c) alle auf Grund des § 114 Str. P. O. wegen oder während der Vorerhebungen erhobenen Beschwerden wider Beschlüsse der Ratskammer a limine abzulehnen.

---

[1]) Anders wenn es sich um Rechtshilfesachen des Bezirksgerichtes handelt; da dem Bezirksrichter der Kreisgerichtspräsident nur in Personalangelegenheiten übergeordnet ist, müssen die *Hs*-Sachen irgend einer anderen Kontrolle unterliegen. Diese Kontrolle besorgt die entsprechende Ratskammer (nicht die des requirierenden Gerichtes) und entscheidet eventuelle Beschwerden. Es folgt dies aus der Zusammenstellung der §§ 12 Abs. 1 und § 9 Abs. 2 Str. P. O.

3. Rechtshilfe seitens der Zivilstrafgerichte auf Grund der Militärstrafprozeßordnung.

Das Tangieren der Amtshandlungen der Zivil- und Militärstrafgerichte bildet in der Praxis eine tägliche Erscheinung; Gelegenheit dazu liefern: die gemeinsam durch Zivil- und Militärpersonen begangenen strafbaren Handlungen, ein durch unbekannte Person begangenes Verbrechen (mit der Zeit kommt vor dem Zivilgericht zum Vorschein, daß es eine Militärperson war), die Notwendigkeit der Einvernehmung eines Zeugen, der einer fremden Gerichtsbarkeit unterliegt etc.

Bis vor kurzem war eine ganze Reihe von Fragen des gegenseitigen Verhältnisses, sowie der durch Zivilgerichte den Militärgerichten geleisteten Rechtshilfe, durch eine Art von Gewohnheitsrecht geregelt; die Beantwortung dieser Fragen war nämlich in dem Strafprozeßgesetze vom Jahre 1873 nicht zu finden, und inwiefern die Militärgerichte befugt waren, ihr Ansuchen zu stellen, war es nicht leicht, auf Grund des Militärstrafprozeßgesetzes festzustellen, da die entsprechenden Vorschriften bis zum Jahre 1901 zur Veröffentlichung nicht gelangt sind, so daß im besten Falle nur dank der Liebenswürdigkeit eines Auditoriatsbeamten die Abschrift eines durch Militärgerichte in einer Note angeführten Paragraphen zu erhalten war.

Heute hat sich die Sachlage geändert: Dr. Georg Lelewer, k. u. k. Hauptmann-Auditor, hat die Zusammenstellung aller über das Strafverfahren vor den Militärgerichten bestehenden Gesetze und Verordnungen herausgegeben.[1]) Infolgedessen sind wir imstande, die diesbezüglichen Pflichten der Zivilstrafgerichte zu beurteilen.

---

[1]) Die Militärstrafprozeßordnung, die Vorschriften über die Organisation der Militärgerichte, deren Visitierung. Wien 1901. Manz.

Erster Abschnitt.

Die erste prinzipielle Frage ist es, ob die Militärstrafprozeßordnung die Zivilstrafgerichte binden kann und namentlich aus Rücksicht: *a)* daß sie speziell für Militärgerichte verfaßt ist; *b)* daß ihre wichtigsten Vorschriften aus der vorkonstitutionellen Epoche herrühren.

Ad *a)*. Der Umstand, daß die Militärstrafprozeßordnung speziell für Militärgerichte verfaßt ist, bietet keine besonderen Schwierigkeiten; die Vorschriften, welche sich auf die Pflichten der Gerichte eines gegebenen Standes beziehen, müssen nicht in dem speziellen Gesetze enthalten sein, das betreffende Gesetz bildet nur einen Kanevas, auf welchen gewisse Einzelheiten entweder durch spätere Verordnungen, oder durch gleichzeitig, vorher oder nachher (obgleich nicht speziell für diese Gerichte) veröffentlichten Gesetze aufgenäht werden.

Die einzige Grenze, bis zu welcher die Anwendung dieser Vorschriften reicht, sind die grundsätzlichen Vorschriften des speziellen Gesetzes (im gegebenen Falle des Zivilstrafprozeßgesetzes vom Jahre 1873). Dieser Gedanke wird ausdrücklich im Art. 3 der Ministerialverordnung vom 19. November 1873 (R. 152) ausgesprochen: „Alle übrigen in kaiserlichen Verordnungen, Ministerialverfügungen und Erlässen enthaltenen Anordnungen und Belehrungen, welche neben der Strafgerichtsinstruktion und der Vorschrift für die Staatsanwaltschaften bisher für die Amtshandlungen der im Strafverfahren einschreitenden Organe maßgebend waren, bleiben insoweit unberührt, als dieselben weder durch das Hinwegfallen der Voraussetzungen, auf welchen sie beruhen, gegenstandslos werden, noch durch die Bestimmungen der neuen Strafprozeßordnung und der zur Ausführung derselben ergehenden Anordnungen eine Änderung erfahren."

Diese allgemeine Stilisierung der Verordnung liefert den besten Beweis, daß sie nicht nur die Verordnungen, welche auf den Vollzug der Strafprozeßordnung vom Jahre 1853 Bezug haben, sondern auch alle die Zivilstrafrichter bindenden Vorschriften im Auge hat. Destomehr ist dieses Prinzip den nach Veröffentlichung des neuen Strafprozeßgesetzes kundgemachten Gesetzen gegenüber anzuwenden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß z. B. die Gen-

darmerieinstruktion vom Jahre 1895 eine ganze Reihe von Pflichten der Zivilstrafgerichte enthält (z. B. der Gendarm ist mit Sie anzureden und es ist nicht gestattet, demselben öffentlich Rüge zu erteilen [§ 6], oder der Richter ist verpflichtet, dem Gendarmen auf Verlangen die mündliche Aufforderung zur Vornahme einer Amtshandlung schriftlich zu bestätigen [§ 35], oder die Gendarmen sind nur ausnahmsweise zur Bewachung von Gefangenen oder zum Dienste bei Verhandlungen zu gebrauchen usw.).

Wir müssen noch auf den Umstand aufmerksam machen, daß die Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 auch die die Militärgerichte bindenden Vorschriften (§§ 26, 161) enthält. Mit demselben Rechte müssen wir die Geltung der Militärgesetze den Zivilgerichten gegenüber annehmen (vgl. die Analogie der Vorschriften des materiellen Strafrechtes, welche in den Militärgesetzen enthalten sind, wie die §§ 45, 47 bis 49, 66, 68 letzter Absatz des Gesetzes vom 11. April 1889 [R. 41] und §§ 1 bis 8 Gesetz vom 28. Juni 1890 [R. 173]). Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß die rein prozessuale Vorschrift des § 66 des Wehrgesetzes (nach welchem die auf Grund dieses Gesetzes eingehobenen Strafgelder dem Armenfonde der Heimatsgemeinde des betreffenden Stellungs- oder Wehrpflichtigen und, wenn jene nicht zu ermitteln sein sollte, dem Militärfonde zufließen) — den Zivilgerichten gegenüber ihre Geltung hat.

Ad *b)*. Diejenigen Vorschriften der Militärstrafprozeßordnung (einer im Jahre 1884 durch das Kriegsministerium veröffentlichten Kompilation), welche wir besprechen wollen, nämlich die §§ 7, 57, 106, 113 bis 115, 117, 118, stützen sich auf die Theresianische Halsgerichtsordnung (wir machen aufmerksam, daß nicht die ganze Kompilation). Es erübrigt die Frage, ob sie die Zivilgerichte binden können, angesichts der Tatsache, daß die CC Th. in der vorkonstitutionellen Epoche erlassen worden ist.

Ein in der vorkonstitutionellen Epoche veröffentlichtes Gesetz kann seine Geltung trotz Einführung der Verfassung behalten;[1])

---

[1]) Das Reichsgesetzblatt in der Einleitungsverordnung des Ministeriums der Justiz und des des Innern vom 2. April 1849 (S. VII der Einleitung zum Reichsgesetzblatt) hebt ausdrücklich die weitere Geltung der schon kundgemachten Gesetze hervor („alle bisher von der Staatsverwaltung oder unter Aufsicht der Behörden ausgegebenen Gesetzsammlungen [sind] mit eben jenem

wir haben diesbezüglich eine ganze Reihe von Präzedenzfällen (Hofdekrete, Hofkanzleidekrete, Patente vom 21. Mai 1805 Z. 731, J. G. St. betreffend Einschleppung der Pest usw. vgl. sonst Art. 3 der Verordnung vom 13. November 1873 [R. 152]). Wir meinen also, daß diese Vorschriften auch heute die Zivilgerichte binden können.

Wichtiger ist das Bedenken, ob die Theresiana überhaupt für die Militärgerichte bindende Kraft gehabt hat. Denn im entgegengesetzten Fall könnten ihre Vorschriften auch für Zivilgerichte keine Geltung haben, da sie nur indirekt durch Vermittlung der Militärgerichte die Zivilgerichte binden. Dieses Bedenken entsteht infolge des Art. 22 § 13 CC Th.: „Jedoch sind

---

Tage [2. Dezember 1848] abzuschließen"). Es wird eine Gesetzsammlung geschlossen, eine neue angefangen, welche bezüglich der Veröffentlichung sich nach neuen Normen richten soll. Vgl. sonst das allgemeine Prinzip der österreichischen Gesetzgebung: „Gesetze behalten solange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber abgeändert oder ausdrücklich aufgehoben werden" (§ 9 bGb.) und Hofdekret vom 3. Januar 1825: „Alle Verordnungen, wenn sie auch noch so alt sind, sollen, wenn sie noch bestehen, ohne erst einer Republikation zu bedürfen, genau beobachtet werden und haben die Behörden, solange selbe nicht aufgehoben sind, über deren Befolgung gehörig zu wachen" (Mayrhofer, I, 416, Note).

Es könnte scheinen, daß diese Frage der Militärstrafprozeßordnung gegenüber nicht aktuell sei, da die betreffenden Vorschriften durch das Kriegsministerium im Erlaß vom 12. Juni 1884 präs. Nr. 1613, also schon in der konstitutionellen Epoche im gesetzlichen Wirkungskreise wiederholt worden sind. (Das Reichs-Kriegsministerium hat mit der Allerhöchsten Entschließung Sr. Majestät vom 13. April 1884 die Ermächtigung erhalten, eine amtliche Zusammenstellung der über das Strafverfahren bei den Gerichten des stehenden Heeres und der Kriegsmarine bestehenden Gesetze und Vorschriften zu verfassen. Vgl. Lelewer § 37 ff.). Es ist nicht so: diese Verordnung kann nicht als solche binden, da sie, in der konstitutionellen Epoche erlassen, denjenigen Bedingungen nicht Rechnung trägt, von welchen die Rechtswirksamkeit derselben der Zivilbevölkerung gegenüber abhängt — es fehlt die Kundmachung im Reichsgesetzblatt. Deswegen ist diese Verordnung nicht als solche zu behandeln, sondern als eine Sammlung der vorher in der vorkonstitutionellen Epoche erlassenen rechtlichen Vorschriften.

Das Verzeichnis der Gesetze, Entschließungen und Verordnungen (auf welchen die einzelnen Paragraphe der Militärstrafprozeßordnung beruhen), das Lelewer zitiert (295 ff.), erleichtert uns die Evidenz, inwiefern die diesbezüglichen Vorschriften in der vorkonstitutionellen Epoche bindende Kraft gehabt haben. (Bis zur Herausgabe der Zusammenstellung haben die Militärbehörden die im genetischen Verzeichnisse angeführten Vorschriften zitiert.)

auch die unmittelbare mit dem Blutbann begabte Gerichtsstellen, sowie überhaupt alle Blutgerichte (mit alleiniger Ausnahme der Militärgerichten die nach unseren Kriegsrechten fürzugehen haben) an die in dieser allgemeinen Gerichtsordnung vorgeschriebene Verfahrungsart und die alldarinnen ausgemessene Strafverhängung gebunden."

Es müßte also daraus die Folgerung gezogen werden, daß die Theresiana eben den Militärgerichten gegenüber keine Anwendung findet. Doch ist nicht so. Das Verhältnis der Theresiana zu den Militärgerichten war nämlich folgendes: Die Militärgerichte waren durch spezielle Vorschriften, wie die Justiznorma vom 25. Juni 1754 (Wimmer Jakob, N. Slg. f. Militärgerichte, Gratz 1857, Bd. I, S. 16 ff.) oder das Jurisdiktionsgesetz vom 31. Dezember 1762 (zitiert im Art. 19 § 13 CC Th.) gebunden, dabei haben subsidiär auch andere, sowohl vor Kundmachung der Theresiana, wie auch nach derselben erlassene allgemeine Gesetze (nicht spezielle Militärgesetze) ihre Geltung behauptet: einen Beweis dafür liefert die Stilisierung jener Justiznorma vom Jahre 1754, welche die Strafgesetze Karl I., Ferdinand III. und Josef I. (später durch Theresiana ersetzt) ausdrücklich erwähnt:

„Die Gesätze, nach welchen die Regiments-Gerichten und Auditores die vorkommende Rechtssachen abzuurtheilen sollen, seynd nach Unterschied der Fälle vor allen die k. k. Kriegs-Articul, die allgemeine geschriebene Rechten, wie solche in denen k. k. Erblanden angenommen und eingeführet die peinliche Hals-Gerichtsordnungen Karoli I., Ferdinand III. und Josefi I." (Punct 11).

Den Beweis für diese subsidiäre Rolle der Theresiana liefern spätere Verordnungen und Zirkuläre, welche dieselbe ausdrücklich erwähnen, so z. B. das Zirkular des Hofkriegsrates vom 21. Juni 1852 Nr. 594, das frühere Verordnungen vom 16. August 1786 Z. 874 und vom 25. Juni 1807 Z. 453 zitiert (Wimmer, Bd. I, Nr. 1212, S. 645 u. ff.) oder das Zirkular vom 2. April 1770, Nr. 215: „Allerhöchsten Orten sei von der innerösterreichischen Regierung in betreffs der bereits publizierten Constitutio Criminalis Theresiana, und zwar wegen des Art. 45, § 2, die allerunterthänigste Anträge gemacht" . . . (Wimmer I, 48) oder endlich das Zirkular des Obersten Militärgerichtes vom 4. April 1849 Z. 466: „In Zukunft in dem Strafverfahren der Militärgerichte an die Stelle

der in dem Art. 33, § 5, Abs. 7 u. s. und § 19, Abs. 1 der Theresianischen peinlichen Gerichtsordnung enthaltenen Bestimmungen (sollen) die Vorschriften der §§ 249 bis 251, 254 bis 256 ... des Strafgesetzbuches über Verbrechen vom Jahre 1803 (treten)" (Wimmer II, 628, Nr. 2536). Es werden auf diese Weise an die Stelle gewisser Vorschriften der Theresiana andere eingeführt.

Wir kommen zur folgenden Interpretation des Art. 22, § 15: Alle Gerichte sind bezüglich der Art des Verfahrens und der Strafen durch die Vorschriften der Theresiana gebunden, dafür sollen die Militärgerichte in erster Linie die Kriegsrechte berücksichtigen. Es folgt daraus nicht, daß neben den kargen Vorschriften der Kriegsrechte die Vorschriften der Theresiana nicht subsidiär Anwendung finden sollten.[1][2]

Jedenfalls ist diese Tatsache durch spätere Militärzirkulare anerkannt worden.

Es könnte folgende Frage gestellt werden: Die Theresiana bindet als solche die Militärgerichte nicht, ihre subsidiäre Geltung wird zwar durch Militärzirkulare, welche die Zivilbevölkerung gar nichts angehen, anerkannt, in der vorkonstitutionellen Epoche wird sie jedoch durch kein Hofdekret, Patent usw., in der konstitutionellen durch kein im Reichsgesetzblatt veröffentlichtes Gesetz als rechtswirksam erwähnt, ergo für die Zivilbevölkerung hat die auf Theresiana basierende Militärstrafprozeßordnung keine Bedeutung. Es ist nicht so: In der vorkonstitutionellen Epoche besteht solche Differenzierung zwischen der Form der Kundmachung der Militärgesetze und der der Zivilgesetze, wie heute, nicht; es war kein Reichsgesetzblatt vorhanden, in welchem ein Militärgesetz kund-

---

[1]) Vgl. analoge Ansicht (bezüglich des materiellen Strafrechtes bei Kleemann: Genesis und Tatbestand der Militärdelikte, Wien 1902, S. 5 bis 6): Mit der hofkriegsratlichen Verordnung vom 3. April 1769 wurde die Theresiana, Maria Theresias peinliche Halsgerichtsordnung, den Militärbehörden kundgemacht und gilt nebst der ihre Anwendung näher bestimmenden Strafnorma vom 3. Juli 1790 hinsichtlich der gemeinen Verbrechen als Strafgesetz der Soldaten.

[2]) Daß die Theresiana vom Anfang an die Militärgerichte gebunden hat, wird bei Luschin v. Ebengreuth (Österr. Reichsgeschichte 519) ausgesprochen: Die Publikation dieser Theresiana genannten Halsgerichtsordnung als Gesetz für die altösterreichischen und böhmischen Erblande und für die Militärgerichte erfolgte am 31. Dezember 1768.

gemacht werden sollte, um die Zivilbevölkerung zu binden. Das Dekret des Hofkriegsrates hatte dieselbe Wirkung, wie ein Hofdekret, und wenn das erste auch Normen für die Zivilpersonen enthalten hat, waren dieselben dadurch zweifelsohne gebunden.

Zweiter Abschnitt.

Wir schreiten zur Übersicht der betreffenden Vorschriften:[1])

§ 7 der Militärstrafprozeßordnung, der vorschreibt, daß die Militärgerichte in allem, was zu ihren Verfahren gehört, berechtigt sind, mit allen Zivil- und Militärbehörden der Monarchie unmittelbares Vernehmen durch Ersuchsschreiben zu pflegen, bildet ein Analogon zu dem § 26 und der Abs. 2 des § 7 (Beschwerderecht) zu dem § 27 der Zivilstrafprozeßordnung.[2])

Eine mehr konkrete Pflicht der Zivilgerichte wird im § 57 Abs. 1 statuiert, wonach jedermann, der von was immer für einem Verbrechen oder von einem von amtswegen zu verfolgenden Vergehen Kenntnis erlangt, berechtigt ist, dasselbe bei der nächsten Militär- oder Zivilbehörde anzuzeigen (vgl. § 86 Zivilstrafprozeßordnung), welche, wenn sie zur Bestrafung des Beschuldigten nicht befugt ist, die Anzeige an das zuständige Strafgericht leiten wird.

Aus dieser Vorschrift, beziehungsweise aus dem weiter folgenden Wortlaute des § 57, folgt die Pflicht des Zivilrichters, eine Anzeige wider eine Militärperson anzunehmen, eventuell den Anzeiger protokollarisch einzuvernehmen und dann die

---

1) Aus Rücksicht, daß die Militärstrafprozeßordnung die betreffenden Vorschriften in einem Wortlaut anführt, der dem ursprünglichen Text (der Theresiana) nicht vollkommen entspricht, werden wir die originellen Vorschriften der Theresiana zitieren, da dieser Text mit Bezug auf die Zivilgerichte entscheidende Bedeutung hat.

2) Art. 19. § 33 CC Th ... „den Halsgerichten hiemit die Befugnis eingeraumt, anbey die Schuldigkeit auferleget, sich dieserwegen (peinliche Sachen) mit anderen so in- als ausländischen Halsgerichten, Obrigkeiten und Gerichtsbehörden in die erforderliche Correspondenz zu setzen ... und im Gegenspiel auch anderen Gerichten mit aller Willfährigkeit die verlangende Auskünften mitzutheilen". Aus diesem Rechte können selbstverständlich auch „befreyte Gerichtsbehörden" (Art. 19, §§ 11 bis 13) Gebrauch machen (vgl. unten), also auch die Militärgerichte.

Akten dem zuständigen Militärgerichte zur Amtshandlung abzutreten.[1])

Viel weiter geht der § 106 der Militärstrafprozeßordnung: „Wenn die Erhebungen über die Beschaffenheit einer strafbaren Handlung von der Militärbehörde wegen ihrer Entfernung nicht mit der nötigen Schnelligkeit geschehen könnten, überhaupt in allen Fällen, wo Gefahr im Verzuge ist, hat das Zivilstrafgericht, welches am Orte der Tat die Gerichtsbarkeit ausübt, alles vorzukehren, was zur unverzüglichen Erhebung gehört."

Sollte dies das Strafgericht, beziehungsweise „die Obrigkeit des Tatortes", für welche eine analoge Pflicht besteht, von amtswegen nicht getan haben, so muß sich in Fällen, die keinen Verzug gestatten, der militärische Kommandant wegen Vornahme der erforderlichen Amtshandlung an die kompetente Zivilbehörde, beziehungsweise Zivilstrafgericht, wenden. (§ 106 Abs. 2).[2])

---

1) Art. 24 § 4 CC Th. enthält das allgemeine Recht der Bürger, die Verbrechen „bei der Gerichtsbehörde anzuzeigen, wo sodann der Richter seinen aufhabenden Pflichten gemäß Sorge zu tragen hat", hat nämlich der Richter entweder „von selbst" zu amtieren oder die Durchführung eines eigentlichen Anklageprozesses vorzubereiten.

2) Für den § 106 hat man im genetischen Verzeichnis als Basis den § 100 I. T. des Dienstreglements angegeben, die Theresiana wird nicht erwähnt, und doch nirgends in solchem Grade wie hier, ist das Vorbild sichtbar: es ist im gegebenen Falle Art. 26 § 37 CC Th., der das Prinzip aufstellt, daß zu den Erhebungen in Strafsachen ausschließlich die Gerichte und nicht die Verwaltungsbehörden berufen sind. „Außer Zweifel, daß nur allein den Hals- und Landgerichten in Malefizsachen das corpus delicti entweder selbst zu erheben, oder gestalten Dingen nach auf vorgängiges Ersuchen durch anderweite Gerichte erheben zu lassen gebühre, und daß also insgemein den Grundobrigkeiten zu Abbruch der Halsgerichten diesfalls einzugreifen nicht erlaubt seye". In Ausnahmsfällen kann jede Behörde die nötigen Amtshandlungen vornehmen. (Wollen wir hiemit zu Beförderung der Criminalien geordnet haben, dass dergleichen Begebenheyten, wo das Halsgericht ziemlich entfernt ist, anbey wegen verlässlicher Ausforschung der That Gefahr auf den Verzug haftet, durch die Grundobrigkeiten all dasjenige, was zur Erkundigung und Beweis der That unverzüglich nöthig ist, vorzukehren nicht nur befugt. sondern in kraft dieses unseres Gesetzes verbunden.) Der Ausdruck selbst: die Obrigkeit des Tatortes (§ 106), weist auf die Provenienz (Grundobrigkeit) hin.

Charakteristisch ist die lateinische Marginalrubrik zu Art. 26 § 37. Ac denique ut in casibus, ubi periculum in mora est, corpus delicti provisorie a quolibet etiam judice civili levari possit et debeat.

Sollte diese Zivilbehörde hierbei Amtshandlungen in einer Kaserne oder in anderen militärischen Gebäuden vorzunehmen haben, so sind der bezüglichen Kommission zwei Zeugen vom Militärstande beizugeben (§ 106 Abs. 3. Analogie des § 140 Zivilstrafprozeßordnung).

Diese durch den Zivilrichter vorgenommenen Amtshandlungen werden selbstverständlich eine provisorische Bedeutung haben, die Beurteilung, inwiefern eine Wiederholung oder Ergänzung derselben einzuleiten sei, liegt dem zuständigen Militärgerichte ob (Analogie des § 58 Militärstrafprozeßordnung und §§ 88 Abs. 3, § 89 Abs. 2 Zivilstrafprozeßordnung."[1])

Bis hierher ist die Sache klar. Das Zivilstrafgericht spielt in solchen Fällen, wo Gefahr im Verzuge ist, den Militärgerichten gegenüber dieselbe Rolle, welche dem zuständigen Zivilstrafgerichte gegenüber nach der Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 die Sicherheitsbehörden, ein nicht zuständiges Gericht, oder ein Bezirksgericht desselben Sprengels (§ 89) spielen.

Dafür kompliziert sich die Frage der Rechtshilfe während des ordentlichen Strafverfahrens.

Es handelt sich um Auslegung der §§ 113 bis 115 Militärstrafprozeßordnung. § 113 schreibt nämlich vor: „Die Abhörung der Zeugen hat in der Regel bei jenem Gerichte zu geschehen, dessen Gerichtsbarkeit sie unterstehen; doch können dieselben zur Gewinnung der Zeit auch von dem Gerichte, wo sie sich eben aufhalten oder bei welchem die Untersuchung geführt wird, wenn sie gleich dessen Gerichtsbarkeit nicht unterliegen, vernommen werden. Erfordern nun die Umstände, daß die Abhörung bei einem anderen als dem untersuchenden Gerichte geschehe, so hat dieses das erstere mittels Ersuchsschreibens anzugehen."

Es ist sofort die Vorfrage zu erledigen: was ist unter dem Gericht, „dessen Gerichtsbarkeit nicht unterliegen", zu verstehen? Bezieht sich dieser Ausdruck auf ein nicht zuständiges Militärgericht oder überhaupt auf jedes nicht zuständige Gericht, also auch auf das Zivilstrafgericht?

Der Ausdruck „Gerichtsbarkeit" kann sowohl das territoriale Gebiet (örtliche Zuständigkeit), wie auch sachliche Zuständigkeit

[1]) Aus dem Art. 26 § 37 letzterer Abs. der CO Th., der eine Fortsetzung des § 106 Militärstrafprozeßordnung bilden konnte, ist ein allgemeiner § 58 gemacht worden.

bezeichnen,[1]) wie endlich das forum speciale. So gebraucht die Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 § 8 den Ausdruck „Gerichtsbarkeit" im ersten Sinne: „Die Gerichtsbarkeit eines jeden Strafgerichts erstreckt sich auf dessen ganzen Bezirk und umfaßt alle darin befindlichen Personen", dafür gebrauchen die §§ 60 bis 61 desselben Gesetzes denselben Ausdruck in einem anderen Sinne: „der Militärgerichtsbarkeit unterstehen" (forum speciale), „stehen nicht unter der Gerichtsbarkeit der Landesbehörden" usw. Angesichts dieser Tatsache sind wir nicht imstande, aus dem Worte „Gerichtsbarkeit" weiter reichende Konsequenzen zu ziehen.

Wir müssen zu anderen Arten der Auslegung greifen, insbesondere zu der logischen Interpretation.

Für die Bejahung der ersten Alternative, d. h., daß das Gesetz von einem anderen Militärgericht spricht, könnten wir folgende Vergleichung von Vorschriften anführen. Wie oft die „Zusammenstellung" das Zivilstrafgericht im Auge hat, gebraucht sie den Ausdruck „Zivilstrafgericht" (§ 114) oder „Zivilgerichtsbarkeit" (§ 119 Abs. 2) oder endlich „Zivilbehörde" (§ 87).

Dafür bezieht sich der Ausdruck „das zuständige" oder „das unzuständige Gericht" auf die Militärgerichte, wie dies aus den §§ 19 bis 20 und 58 zu folgern ist. Da der § 113 die Zivilgerichte nicht ausdrücklich erwähnt, wie er es in anderen Fällen tut, und nur allgemein von der „Gerichtsbarkeit" spricht, so ist anzunehmen, daß er ausschließlich das gegenseitige Verhältnis der Militärgerichte untereinander betonen wollte.

Dieser Folgerung widerspricht die geschichtliche Interpretation, welche, wenn überhaupt wo, so insbesondere hier, eine ausschlaggebende Bedeutung haben muß, nämlich angesichts der Tatsache, daß die „Zusammenstellung" kein einheitliches Gesetz, sondern ein Konglomerat verschiedener, aus verschiedenen Zeiten und Quellen herrührender Vorschriften bildet.

Unter diesen Umständen kann eine logische Interpretation leicht auf Abwege führen, die Vorschriften sind nicht in ihrem Zusammenhang, sondern jede einzelne für sich zu nehmen, und

---

[1]) Vgl. Geyer, Lehrbuch 267: Wir gebrauchen überall statt des schillernden Ausdrucks „sachliche Zuständigkeit" das Wort „Strafgerichtsbarkeit". In demselben Sinn gebraucht diesen Ausdruck das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz § 12 bis 21.

sollte uns die grammatische Interpretation im Stiche lassen, so ist die geschichtliche die einzige, die imstande ist, eine Lösung zu bringen.

§ 113 basiert auf Art. 33 § 16 CC Th., welcher über die Zeugenvernehmung handelt, „die sonst aufbringende Zeugen zur ordentlichen Verhör gerichtlich fürzuforderen, oder, da sie unter einer anderen Gerichtsbarkeit stünden, nach der oben Art. 25 § 6 gethanen Ausmessung deren Stellung zu begehren, der mittels gewöhnlichen Ersuchschreiben, deren Abhörung bei ihrer Behörde anzusuchen"...

Der angeführte Art. 25 § 6 gibt uns in der fraglichen Angelegenheit Aufklärung: „dieselbe fürfordern, widrigenfalls durch gewöhnliche Ersuchschreiben ihre Stellung anbegehren, oder da sie über zwei Meilen Weges entlegen, oder wegen Erscheinung bey einem fremden Gerichtsstand besonders befraget wären".

Nach Art. 19 § 12 bis 13 haben Geistliche, Beamte, Hofleute, Adelige, Akademiker, spezielle Gerichtsstände, „gefreyte Gerichtsbehörden", gehabt; auf dieselben bezieht sich die Ausdrucksweise: „Gerichtsbarkeit, Behörde, Gerichtsstand", es ist einfach ein Personalausnahmsgericht, forum speciale.

Wenn die Geschichte des Wortes „Gerichtsbarkeit" nach § 113 Militärstrafprozeßordung sich so darstellt, so ist es klar, daß dasselbe nicht durch „örtliche Zuständigkeit", sondern durch forum speciale zu vertreten ist. Wenn wir also einen Gegensatz zur „Militärgerichtsbarkeit" suchen (wir lassen es außer acht, daß sie auf mehrere Arten dieser speziellen Gerichtsbarkeit zerfällt, wie die des stehenden Heeres und der Kriegsmarine einerseits, der Landwehr anderseits, die ersteren wiederum in 7 [§ 6], beziehungsweise 4 [§ 8 bis 18 Militärstrafprozeßordnung] weitere Unterarten), so finden wir denselben im Worte „Zivilgerichtsbarkeit".[1])

Versuchen wir beide Arten der Auslegung zum ganzen Paragraph anzuwenden, und nehmen wir an, daß der Zeuge, der ständig in Lemberg wohnt, momentan in Przemysl sich aufhält, und die Untersuchung bei dem Garnisonsgericht in Krakau geführt wird.

---

[1]) Es berechtigt uns nichts zur Einengung dieser Differenzierung und Beschränkung derselben auf die Militärgerichte untereinander, desto mehr, daß die Einteilung auf die Garnisonsgerichte, Landwehrgerichte etc. eines neuen Datums ist.

a) Der Zeuge ist ein Soldat der k. u. k. Armee (beziehungsweise der Landwehr); „in der Regel" ist derselbe durch das Gericht, dessen Gerichtsbarkeit (örtliche Gerichtsbarkeit) er unterliegt, also durch das Garnisonsgericht (beziehungsweise Landwehrgericht) in Lemberg, einzuvernehmen; um Zeit zu ersparen, kann derselbe durch das Militärgericht (Garnisons- oder Landwehrgericht) in Przemysl, wo er sich aufhält, einvernommen werden oder endlich ist er nach Krakau vorzuladen.

b) Der Zeuge ist eine Zivilperson. „In der Regel" ist er durch das Gericht, dessen Gerichtsbarkeit er untersteht, also (indem wir die Interpretation „örtliche Gerichtsbarkeit" anwenden) durch das Militärgericht in Lemberg einzuvernehmen. Können wir sagen, daß der Zivilzeuge dem Militärgericht in Lemberg deswegen untersteht, weil er dort wohnt? Nein! Die Analogie der Strafprozeßordnung vom Jahre 1873 ist hier nicht anzurufen, da sie zwar den Gerichtsstand des Wohnortes kennt (§ 52), aber nur bezüglich des Beschuldigten, nicht in bezug auf den Zeugen; zur Vernehmung von Zeugen findet weder die örtliche noch die sachliche Zuständigkeit Anwendung (es kann sie das Bezirksgericht ihres Aufenthaltsortes in der Strafsache wegen eines Verbrechens einvernehmen; vgl. § 93 Abs. 2 Str. P. O.). Der Zivilzeuge als solcher untersteht der Gerichtsbarkeit eines jeden Zivilstrafgerichtes,[1]) selbstverständlich insoferne er sich gewisser Privilegien nicht erfreut (§ 155 Strafprozeßordnung und Ministerialverordnung vom 11. Mai 1892 Nr. 16 Verordnungsblatt). Wir sehen also, daß der Ausdruck „der Gerichtsbarkeit unterstehen", dem Zivilzeugen gegenüber in einer anderen Bedeutung als des Personalgerichtsstandes nicht anzuwenden ist. Die „örtliche" Gerichtsbarkeit gibt uns keinen Aufschluß. Der Zivilzeuge kann durch irgend ein Zivilgericht (im gegebenen Falle in Lemberg oder Przemysl) einvernommen werden, die Anwendung von zwei anderen Eventualitäten ist klar: um Zeit zu gewinnen, kann den Zivilzeugen das (Militär-) Untersuchungsgericht

---

[1]) Die im § 113 Militärstrafprozeßordnung bestehende Antithese: „dessen Gerichtsbarkeit sie unterstehen" . . . „wo sie sich aber aufhalten", hat dafür ihre Bedeutung bezüglich der Militärpersonen, welche gewissen Gerichten unterstehen (aus Rücksicht auf die Art des Dienstes: Armee, Landwehr usw., §§ 8 bis 18, 31, oder auf Zugehörigkeit zu einer gewissen Abteilung — örtliche Zuständigkeit).

des Aufenthaltsortes (Przemysl) oder das (Militär-) Untersuchungsgericht (Krakau) einvernehmen.

Die Interpretation „Personalgerichtsstand" gibt uns also eine vollständige Lösung der Frage:

In der Regel ist der Zivilzeuge durch dasjenige Gericht einzuvernehmen, dessen Gerichtsbarkeit (im Sinne des Personalgerichtsstandes) er untersteht, also das Zivilgericht (des Wohnungs- oder Aufenthaltsortes). Ausnahmsweise kann er durch das Militärgericht des Aufenthaltsortes oder das Militäruntersuchungsgericht einvernommen werden.

Dieser Art der Interpretation scheint § 114 zu widersprechen, der die Vorschrift enthält: „sollte das Untersuchungsgericht die eigene Vernehmung des Zeugen aus Militärdienstrücksichten, oder zur Erlangung einer erschöpfenden Aussage, oder zur Beschleunigung der Sache für notwendig halten, so kann es denselben, wenn er seiner Gerichtsbarkeit angehört, unmittelbar, außer diesem Falle aber durch das Militär- oder das Zivilgericht, welchem der Zeuge untersteht, zum persönlichen Erscheinen vorladen. Ist die Stellung von Zeugen vor das Untersuchungsgericht mit zu großen Kosten oder Schwierigkeiten verbunden, so kann es dieselben unter gleichzeitiger Benachrichtigung des zuständigen Militär- oder Zivilgerichtes auch an dessen Aufenthaltsorte durch den Untersuchungsrichter selbst vernehmen lassen".

Es könnte scheinen, daß aus dieser Antithese: *a)* „seiner Gerichtsbarkeit angehört", *b)* nicht untersteht, also „durch das Militärgericht . . ., welchem der Zeuge untersteht", zu folgern sei, daß der Ausdruck „Gerichtsbarkeit" im Sinne der „örtlichen Zuständigkeit" zu interpretieren wäre; wenn wir also diese Interpretation dem § 113 gegenüber anwenden, so kommen wir zum Schluß, daß er ausschließlich über Militärpersonen, nicht aber auch über Zivilzeugen handelt.

Dieses Argument ist nicht zutreffend, da eben aus § 114 das Gegenteil dieser Hypothese folgt. Der § 114 erwähnt: *a)* „eigene Gerichtsbarkeit", *b)* „fremde Gerichtsbarkeit" und diese letztere wird in *α)* „Militärgericht", *β)* „Zivilgericht, welchem der Zeuge untersteht", eingeteilt, woraus zu schließen ist, daß die fremde

Gerichtsbarkeit so gut Militärgerichtsbarkeit wie Zivilgerichtsbarkeit sein kann. Militärgerichtsbarkeit nach § 114 bezieht sich auf die Tatsache, daß neben den Garnisonsgerichten auch Landwehr-, Garde-, Marine-, akademische usw. Gerichte bestehen, welche ein eigenartiges Forum speciale bilden; es folgt also das Prinzip des § 113: Die Zeugenvernehmung soll in der Regel in demjenigen Gerichte stattfinden, dessen Gerichtsbarkeit die Zeugen unterstehen, also: 1. die Mitglieder der Armee in dem aus Rücksicht auf die Abteilung zuständigen Garnisons-, Marine-, Garde- usw. Gerichte oder bei einem der drei mobilen Gerichte (§ 6 Militärstrafprozeßordnung);[1] 2. die Mitglieder der Landwehr, Gendarmerie usw. im diesbezüglichen (aus Rücksicht auf die Abteilung) zuständigen Landwehrgerichte; 3. die Zivilzeugen im Zivilgericht (des Aufenthalts- oder Wohnungsortes).

Zur Bekräftigung dieser Art von Interpretation dient noch der § 115, der lautet:

„Sind Zeugen zu vernehmen, die sich im Auslande befinden, so ist in der Regel um deren Vernehmung der zuständige ausländische Richter zu ersuchen (§ 113)."

Aus dieser Ausdrucksweise, „der zuständige ausländische Richter", und der Anführung des § 113, also derjenigen Vorschrift, welche bestimmt, daß die Zeugenvernehmung in der Regel in demjenigen Gericht stattfinden soll, dessen Gerichtsbarkeit die Zeugen unterstehen, folgt, daß zweifelsohne der § 115, indem er den § 113 zitiert hat, nicht die örtliche Zuständigkeit im Sinne gehabt hat (weil er dazu den § 113 zu zitieren nicht gebraucht hat, indem er im Texte selbst den Ausdruck „der zuständige ausländische Richter" enthält), sondern den Personalgerichtsstand (die Gerichtsbarkeit nach § 113 Militärstrafprozeßordnung) zitiert.

Sollte auch diese Frage zweifelhaft erscheinen, so wäre sie doch aus Opportunitätsrücksichten einerseits, aus Reziprozitätsrücksichten anderseits auf eine für Militärgerichte günstige Weise zu beantworten. Es ist einfach die Vorschrift des § 161 Str. P. O. (die Einvernehmung der der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Personen durch das entsprechende Militärgericht) umgekehrt anzuwenden.

---

[1]) Vgl. den § 161 Str. P. O. vom Jahre 1873, dasjenige Militärgericht, welchem über sie die Gerichtsbarkeit zusteht . . . dem der Zeuge untersteht.

Es bliebe noch der letzte prinzipielle Einwurf wider unsere Art der Lösung, nämlich die Anführung des § 60 Zivilstrafprozeßordnung, der die Gerichtsbarkeit in Strafsachen wider Militärpersonen den Militärgerichten vorbehält; ergibt sich dies (daß der Beschuldigte offenbar der Militärgerichtsbarkeit untersteht) erst im Laufe einer vor dem Zivilstrafgerichte geführten Untersuchung, so ist die Verhandlung vor dem Zivilstrafgerichte abzubrechen und dem Militärgerichte zu übergeben.

Der Zivilrichter wäre also nicht berechtigt, in der Strafsache wider eine Militärperson irgend eine Amtshandlung vorzunehmen.

Wir erwidern darauf: die Militärstrafprozeßordnung enthält eine dem § 60 Strafprozeßordnung analoge Vorschrift im § 21 Abs. 2 und trotzdem hat der Zivilrichter das Recht, auf Grund § 161 Strafprozeßordnung die Einvernehmung eines Zeugen durch das Militärgericht zu verlangen, und das Militärgericht hat das Recht und die Pflicht, diesem Verlangen zu entsprechen. Die Militärstrafprozeßordnung selbst kennt die sehr weit gehenden Pflichten der Zivilgerichte in Strafsachen wider Militärpersonen (vgl. § 106 Militärstrafprozeßordnung).

Dritter Abschnitt.

Wenn ein Zeuge, der unter Zivilgerichtsbarkeit steht, der ihm zugestellten Vorladung vor das Militärgericht nicht Folge leistet, so hat das Militärgericht das Recht und die Pflicht, das zuständige Zivilbezirksgericht um die Veranlassung seiner Vorführung (§ 117 Abs. 2 Militärstrafprozeßordnung) nach den für die Zivilstrafgerichte geltenden Vorschriften zu ersuchen.

Das Zivilgericht wird hier die Vorschriften des § 159 Strafprozeßordnung anwenden, infolgedessen entsteht die Frage: soll der Zivilrichter einem durch das Militärgericht vorgeladenen Zeugen gegenüber sofort nach Feststellung des Nichterscheinens seine Vorführung veranlassen, oder soll er vorher die Mittel nach § 153 Strafprozeßordnung anwenden: neuerliche Vorladung unter Androhung einer Geldstrafe und unter der ferneren Drohung, daß ein Vorführungsbefehl gegen ihn werde erlassen werden.

Nach der Militärstrafprozeßordnung soll sofort die Vorführung stattfinden, und nur bezüglich ihrer Vollstreckung sollen die Vorschriften der Zivilstrafprozeßordnung platzgreifen. Der Zivil-

strafprozeßordnung gemäß findet die Vorführung nach erstem nicht gerechtfertigten Ausbleiben nur ausnahmsweise in dringenden Fällen statt.

In dubio in mitius, die Militärgerichte müssen eine mildere Interpretation, die den Vorschriften für Zivilgerichte entspricht, in den Kauf nehmen, da kein Grund vorliegt, anzunehmen, daß das Verfahren vor den Militärgerichten in so hohem Maße wichtiger sei (als das vor den Zivilgerichten), daß es eine andere Behandlung der Zeugen und der Strafsachen (nämlich als der immer „dringenden" Fälle) erheischen sollte.

Dafür wird, meines Erachtens solchen Zeugen gegenüber, welche der Vorladung keine Folge leisten, die Vorschrift des § 159 Strafprozeßordnung bezüglich der Geldstrafe anzuwenden sein (obgleich der § 117 Militärstrafprozeßordnung keine Disziplinarstrafe vorschreibt), weil der § 117 den Ausdruck gebraucht: so ist das Zivilbezirksgericht um die Veranlassung ihrer Vorführung „nach den für die Zivilstrafgerichte geltenden Vorschriften" zu ersuchen. Da in den betreffenden Vorschriften (§ 159 Strafprozeßordnung) die Geldstrafe erwähnt ist, welche der Richter im Falle des Ausbleibens zu verhängen hat, so steht ihrer Anwendung nichts im Wege. Der Zivilrichter bestraft den Ungehorsam seinem Auftrage gegenüber, weil, indem er die Mitteilung der Vorladung veranlaßt (§ 114), ipso facto auch die Stellung dem Zeugen aufträgt und (indem wir unsere Interpretation des § 117 Militärstrafprozeßordnung aufrechterhalten) wiederholt zur Stellung unter Androhung einer Geldstrafe auffordert.[1])

Wider das Zwangsmittel der Vorführung werden in der Praxis Stimmen erhoben, welche darin eine vermeintliche Verletzung desjenigen Verfassungssatzes erblicken, nach welchem niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf; diese antikonstitutionelle Maßregel soll also das Gesetz vom 27. Ok-

---

[1]) Theresiana (Art. 33 § 16), auf welcher § 117 basieren soll, erwähnt ausdrücklich: „und sind die Ungehorsame, wenn sie ohne redliche Ursache zu erscheinen sich weigerten, durch Poenfälle und andere gemessene Zwangsmittel zur Erscheinung alles Ernstes zu verhalten"; daß dieser Passus sich auch auf Personen, die einer anderen Gerichtsbarkeit unterstehen, bezieht, weist der weitere Wortlaut hin: „oder da sie unter einer anderen Gerichtsbarkeit stünden".

tober 1862 (R. 87) als widerrechtliche Einschränkung der persönlichen Freiheit verletzen.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Staatsgrundgesetz, indem es den Ausdruck „Richter" gebraucht hat, die Tätigkeit des „Richtens", des „endgiltigen Entscheidens in merito" im Sinne gehabt hat, und im gegebenen Falle ist davon keine Rede. Der Militärrichter urteilt in der Strafsache eines Zivilzeugen nicht, er tut nur ihn einvernehmen.

Wenn eine der Zivilgerichtsbarkeit unterstehende Person ohne gesetzlichen Grund vor dem Militärgericht ein Zeugnis abzulegen oder den Zeugeneid zu leisten verweigert, so ist es dem zuständigen Bezirksgerichte des Vernehmungsortes anzuzeigen, welches nach den für die Zivilstrafgerichte geltenden Vorschriften vorgehen wird (§ 118 Abs. 2 Militärstrafprozeßordnung).

Es ist in einem solchen Falle Pflicht des Zivilstrafrichters, den Zeugen durch eine Geldstrafe bis zu 200 *K* und bei fernerer Weigerung in wichtigeren Fällen durch Arrest bis zu sechs Wochen zur Ablegung des Zeugnisses vor dem Militärgericht anzuhalten (§ 160 Zivilstrafprozeßordnung).

Vierter Abschnitt.

Zu den Pflichten des Zivilstrafgerichtes gehören: Von jeder wider einen Urlauber oder Reservisten eingeleiteten Untersuchung, sowie von dem Inhalte des rechtskräftigen Straferkenntnisses, dann im Falle der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, auch von dem für den Verurteilten bestimmten Straforte das Militärterritorialkommando, in dessen Bezirk der Untersuchte wohnhaft ist, in Kenntnis zu setzen und der Militärbehörde auch nach beendeter Untersuchung auf Verlangen die Akten zur Einsicht mitzuteilen (§ 378 Abs. 1). In gleicher Weise ist vorzugehen, wenn ein Mann wegen einer vor seiner Einreihung begangenen strafbaren Handlung von einem Zivilstrafgerichte in Untersuchung gezogen und von demselben nach der Einreihung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird (§ 378 Abs. 5).

Die obigen Bestimmungen des § 378 sind schon selbständig durch das k. k. Justizministerium (vgl. Verordnung vom 5. März 1876 Z. 5535, vom 6. August 1880 Z. 11357 und § 10 Abs. 3 der Verordnung vom 28. November 1890 (R. 207) normiert worden.

Ähnliche Pflicht enthält § 380 bezüglich der Offiziere des Ruhestandes, oder vom Verhältnisse „außer Dienst", oder der dem Reservestande angehörigen, nicht in aktiver Dienstleistung befindlichen Offiziere, Seekadetten oder Kadetten des Heeres und bezüglich der der Militärgerichtsbarkeit nicht unterworfenen Militär- (Marine-) Beamten oder Diener.

Diese Frage ist separat durch Justizministerialverordnung vom 12. Januar 1870 Z. 215 eingehend normiert worden.

Fünfter Abschnitt.

Wir kommen zu folgenden Schlußfolgerungen mit Bezug auf das Verhältnis der Zivilstrafgerichte zu den Militärgerichten aus Anlaß der Rechtshilfe.

Es gehört zu den Pflichten der Zivilgerichte:

a) Anzeigen wider Militärpersonen anzunehmen;

b) Amtshandlungen in Fällen, welche keinen Verzug gestatten, wider Militärpersonen vorzunehmen, nämlich entweder *α)* auf Verlangen der Militärbehörden oder *β)* ohne Verlangen aus eigener Initiative;

c) Einvernehmung von Zivilpersonen als Zeugen auf Verlangen der Militärgerichte;

d) Übermittlung von Vorladungen für Zivilpersonen als Zeugen vor Militärgerichten;

e) Veranlassung der Vorführung einer als Zeuge vorgeladenen und vor dem Militärgerichte ausbleibenden Zivilperson;

f) Verhängung einer Geldstrafe infolge eines solchen ungerechtfertigten Ausbleibens.

g) Verhängung von Geld- und Arreststrafen wider Zivilpersonen, welche ohne einen gesetzlichen Grund die Ablegung eines Zeugnisses oder Eides vor dem Militärgerichte verweigern;

h) Militärbehörden von jedem wider einen Urlauber oder Reservisten, Reserveoffizier, Militärbeamten oder Diener eingeleiteten Strafverfahren und dessen Resultat in Kenntnis zu setzen.

---

4. Darf die Beweisaufnahme während einer bezirksgerichtlichen Strafverhandlung im Sprengel eines anderen Bezirksgerichtes erfolgen?

Bis vor kurzem war ich der Ansicht, daß man die vorliegende Frage nicht anders als bejahend beantworten kann; da ich jedoch in der letzten Zeit auf eine andere Art der Praxis gestoßen bin, da diese Ansicht, durch ein Oberlandesgerichtspräsidium ausgesprochen, als ein in der Zukunft zu befolgendes Prinzip zu betrachten ist, so erachte ich es als meine Pflicht, meine Bedenken gegen diese Lösung des Problems zu veröffentlichen.

Nehmen wir als Ausgangspunkt den Tatbestand, welcher jener Präsidialentscheidung zugrunde gelegen ist.

In der Strafsache wider A wegen einer Ehrverletzung, begangen an B im Sprengel des Bezirksgerichtes X, hat das Oberlandesgericht das Bezirksgericht V (gelegen im Sprengel eines anderen Kreisgerichtes) zur Durchführung der Verhandlung delegiert. Während der Verhandlung in V hat der Angeklagte sich bereit erklärt, den Wahrheitsbeweis anzutreten, und zu diesem Zwecke Einvernehmung von Zeugen beantragt, welche meistenteils in X wohnhaft sind; wobei er zugleich den Antrag gestellt, der Bezirksrichter in V möge die oberwähnten Zeugen selbst kommissionaliter in X einvernehmen. Der Bezirksrichter in V ist auf diesen Vorschlag eingegangen, mit Rücksicht insbesondere darauf, daß es möglich war, auf diese Weise Kosten der Zeugengebühren und der Zeugenvorladung zu ersparen, und mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit, die Zeugen durch das Bezirksgericht in X einzuvernehmen, da alle richterlichen Beamten daselbst von der Durchführung dieser Beweisaufnahme ausgeschlossen (§ 68 Abs. 1 Str. P. O.)

waren; infolgedessen hat er eine Tagsatzung zum Zwecke der Beweisaufnahme bestimmt, die in X stattfinden sollte.

Das obgenannte Oberlandesgerichtspräsidium hat die Tagsatzung widerrufen lassen und seiner Entscheidung folgende Rechtsansicht zugrunde gelegt:

„Laut Erlaß des k. k. Justizministeriums vom 21. Dezember 1874 Z. 16239 (abgedruckt bei § 447 Str. P. O., Gellersche und Manzsche Ausgabe) ist die Vorschrift des § 221 Abs. 2 Str. P. O. auf die Hauptverhandlung vor den Bezirksgerichten nicht anwendbar." „Wenn sonst das Bezirksgericht irgendwelche Zweifel in dieser Strafsache hat, soll es sich an das k. k. Oberlandesgericht wenden."

Erster Abschnitt.

Hat der obangeführte Justizministerialerlaß vom 21. Dezember 1874 Z. 16239 mit unserem Problem und mit der gegebenen Strafsache etwas zu tun?

Wir müssen diese Frage entschieden verneinend beantworten. Wenn er sonst auf die gegebene Strafsache Bezug haben könnte, so wäre er eher zur Bestätigung des bezirksgerichtlichen Beschlusses als zu dessen Bekämpfung geeignet.

Die These der Präsidialentscheidung findet darin keine Stütze.

Fassen wir diesen Ministerialerlaß ins Auge; er lautet:

„Über die Frage, an welchem Orte die Gerichtshöfe erster Instanz und die Geschwornengerichte die Hauptverhandlungen abhalten sollen, enthält die St. P. O. in den §§ 221 und 297 eine ausdrückliche Entscheidung, welche auf die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgerichte weder berechnet, noch anwendbar ist. Es kann daher auch die Staatsanwaltschaft es nicht als einen ungesetzlichen Vorgang anfechten, wenn ein Bezirksgericht aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Hauptverhandlung zwar innerhalb des Gerichtes, aber nicht im Hauptorte desselben vornimmt. Die Frage, ob überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe für einen solchen immerhin ungewöhnlichen Vorgang sprechen, kann auf dem Beschwerdewege ausgetragen werden."

Was ist der wesentliche Inhalt dieser Vorschrift? Einfach das, daß der Bezirksrichter durch die Vorschriften der §§ 221 und 297 St. P. O. nicht gebunden ist, daß man also dieselben

auf Grund des § 447 St. P. O. den Bezirksrichtern gegenüber nicht anwenden darf. Wenn also zur Durchführung einer vor dem Erkenntnisgerichte zu führenden Verhandlung — außerhalb des Sitzes des gegebenen Gerichtshofes und am Sitze des Bezirksgerichtes, in dessen Sprengel die strafbare Handlung begangen worden ist — die Genehmigung des Vorstehers (Präsidenten, Leiters, § 221 Abs. 2 St. P. O.) notwendig ist; wenn man dazu, um eine Schwurgerichtsverhandlung „an einem anderen Orte" als am Sitze des zuständigen Gerichtshofes abzuhalten, den Beschluß des Gerichtshofes zweiter Instanz einzuholen braucht (§ 297 Abs. 3 St. P. O.), so gibt es hinsichtlich der Verhandlungen vor dem Bezirksgerichte keine Einschränkungen. Der Bezirksrichter (beziehungsweise der selbständige Einzelrichter, § 13 G. O.) kann demnach ganz ungebunden die Verhandlung an jedem Orte des Bezirksgerichtssprengels, also an jedem „anderen Orte" als dem Sitze des Bezirksgerichtes durchführen. Man muß dazu gewiß triftige Gründe haben und der diesbezügliche Beschluß des Bezirksgerichtes kann im Wege einer Aufsichtsbeschwerde (§ 15 St. P. O.) angefochten werden.

Diese Ungebundenheit der Bezirksrichter bezüglich der Durchführung der Verhandlungen außerhalb des Sitzes des Bezirksgerichtes hat sogar eine gesetzliche Regelung in der Institution der „Gerichtstage" (§§ 54—61 G. O.) gefunden. Zwar wird die Bestimmung bezüglich der Zeit und des Ortes der Abhaltung regelmäßiger Gerichtstage dem Justizminister, beziehungsweise dem Oberlandesgerichte (§ 54 G. O.) und, was Einfügung außerordentlicher Gerichtstage anbelangt, dem Präsidenten des Gerichtshofes erster Instanz (§ 55 G. O.) vorbehalten, jedoch hat der Vorsteher des Bezirksgerichtes freie Hand in der Benutzung der einmal angeordneten Amtstage (§§ 55, 60 G. O.). Jedenfalls ist in der Institution der Gerichtstage der Gedanke praktisch durchgeführt, daß die Verhandlungen vor dem Bezirksgerichte nicht notwendig am Sitze desselben durchgeführt zu werden brauchen, sondern auch eventuell außerhalb desselben stattfinden können, und daß die Entscheidung darüber, ob im gegebenen Falle Durchführung einer Verhandlung zulässig ist, dem Richter zusteht (§ 58 Abs. 2 G. O.).

Der obererwähnte Präsidialerlaß hat also jenen Justizministerialerlaß zur Begründung seiner These mit Unrecht angerufen, da der

zweite (nicht erwähnte) Teil desselben, das Gegenteil dessen, was der Präsidialerlaß behauptet, enthält; daraus, daß der Ansicht des Justizministeriums zufolge § 221 und § 297 St. P. O. im Verfahren vor den Bezirksgerichten keine Anwendung finden, zieht das Präsidium die Folgerung, daß das Bezirksgericht die Verhandlung außerhalb seines Sitzes nicht durchführen darf, während daraus das Gegenteil zu folgern ist, nämlich, daß es die Verhandlung außerhalb seines Sitzes durchführen darf und außerdem, daß es berechtigt ist, diese Entscheidung nach freiem Ermessen zu treffen, ohne die Einwilligung des Kreisgerichtspräsidenten (§ 221) oder des Oberlandesgerichtes (§ 297) einzuholen.

Diese Frage ist sonst für uns belanglos, es handelt sich im gegebenen Falle nicht darum, ob eine Verhandlung außerhalb des Sitzes eines Bezirksgerichtes stattfinden soll, sondern um zwei andere Fragen, namentlich:

1. Ob im Laufe einer Verhandlung gewisse Amtshandlungen kommissionaliter außerhalb des Sitzes des Bezirksgerichtes vorgenommen werden dürfen, und welche?

2. Ob man dieselben im Sprengel eines anderen Bezirksgerichtes vornehmen darf?

Diese Fragen werden durch den obererwähnten Justizministerialerlaß durchaus nicht berührt, ihre Beantwortung läßt sich nur dem Geiste der Strafprozeßordnung entnehmen.

Zweiter Abschnitt.

Für die erste Frage finden wir die Antwort, indem wir dieselbe in drei verschiedene Fragen zerlegen:

a) Darf der Bezirksrichter zum Zwecke der unmittelbaren und unverzüglichen Herbeischaffung von Beweismitteln die Verhandlung unterbrechen?

Die Antwort auf diese Frage ist zu klar, als daß man sich dabei aufzuhalten brauchte: gestattet doch § 273 St. P. O. ausdrücklich, daß die Hauptverhandlung zu diesem Zwecke unterbrochen werden darf, und findet doch laut § 447 St. P. O. dieses Prinzip analog auch auf Verhandlungen vor den Bezirksgerichten Anwendung.

b) Darf der Bezirksrichter im Laufe der Hauptverhandlung außerhalb des Gerichtsgebäudes eine Amtshandlung vornehmen?

Gewiß ja: hat doch laut § 254 Abs. 3 St. P. O. der Vorsitzende das Recht, mit dem Gerichte einen Augenschein vorzunehmen (auch außerhalb des Gerichtsgebäudes), und findet doch auch diese Vorschrift im bezirksgerichtlichen Verfahren Anwendung (§§ 447 und 452 Abs. 6 St. P. O.).

c) Welche Amtshandlungen darf der Bezirksrichter im Laufe der Hauptverhandlung außerhalb des Sitzes des Bezirkgerichtes vornehmen?

Die Antwort darauf ergibt sich vor allem aus der Zusammenstellung der §§ 254 Abs. 3, 248 und 123 St. P. O.; er darf also vornehmen: den Augenschein (§ 254 Abs. 3), Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, insoweit sie mit dem Augenscheine verbunden ist (§ 123), Vernehmung von Zeugen, die verhindert sind, vor Gericht zu erscheinen (§ 154), weil die für den Untersuchungsrichter in der Voruntersuchung erteilten Vorschriften auch der Vorsitzende der Hauptverhandlung (§ 248) und der Bezirksrichter (§ 447) im gegebenen Falle zu beobachten hat.

Außer der Analogie mit der Hauptverhandlung vor dem Gerichtshofe finden wir besondere Vorschriften für die Bezirksgerichte in der Geschäftsordnung, nämlich im II. Abschnitte (über Gerichtstage).

Können, wie wir schon gesehen, auf Gerichtstagen in gewissen Fällen ganze Verhandlungen durchgeführt werden (§ 58 Abs. 2 G. O.), so darf um so mehr ein Teil derselben: das Beweisverfahren vorgenommen werden.

„Die Gerichtstage können . . . in Beweisaufnahmen, namentlich zur Einvernehmung von Zeugen und Sachverständigen, zur Einvernehmung des Beschuldigten . . . verwendet werden" (§ 57 Abs. 3 G. O.).

Es liegt ja in der Absicht des Gesetzgebers, die Tätigkeit der Gerichtstage darauf zu beschränken, was unbedingt an Ort und Stelle vorgenommen werden muß, die definitive Entscheidung (Urteil) ist dem späteren Stadium nach der Rückkehr vorbehalten.

„Die Entscheidung über die während des Gerichtstages verhandelten Fragen kann, wenn die Zeit am Gerichtstage nicht ausreicht und die Unterbrechung den Erfolg der Entscheidung nicht gefährdet, der ordentlichen Geschäftsführung nach der Rückkehr zum Bezirksgerichte vorbehalten werden" (§ 57 Abs. 6 G. O.).

Es erscheint mir also unzweifelhaft, daß der Bezirksrichter außerhalb des Sitzes des Gerichtes sowohl auf den Gerichtstagen wie auch in besonderen Fällen außerhalb derselben die Beweisaufnahme durchführen, den Augenschein vornehmen, die Zeugen, Sachverständigen, den Beschuldigten einvernehmen darf.

Es erübrigt die zweite Frage, ob diese Amtshandlungen im Sprengel eines anderen Bezirksgerichtes vorgenommen werden dürfen?

Auf diese Frage gibt uns die Strafprozeßordnung eine Antwort. Wir wissen, daß auf Grund des § 156 St. P. O. der Untersuchungsrichter einen Zeugen, dessen Erscheinen vor Gericht mit zu großen Schwierigkeiten oder mit zu großen Kosten verbunden wäre, an seinem Aufenthaltsorte selbst vernehmen kann und sogar auch außerhalb des Sprengels des Gerichtshofes, dem er untersteht (er ist nur verpflichtet, den zuständigen Gerichtshof davon gleichzeitig zu benachrichtigen).

Es steht der Anwendung dieser Vorschrift auf das Beweisverfahren vor den Gerichtshöfen (§ 248 St. P. O.) wie vor den Bezirksgerichten (§ 447 St. P. O.) nichts im Wege. Die Frage wird besonders im Falle der Krankheit oder Gebrechlichkeit eines entscheidenden Zeugen aktuell (§ 154 St. P. O.). Der Gerichtshof, beziehungsweise der Bezirksrichter muß in einem solchen Falle von der Vorschrift des § 156 St. P. O. Gebrauch machen.

Es wird dasselbe notwendig, wenn es sich um den Augenschein bezüglich einer im Sprengel eines anderen Gerichtshofes oder Bezirksgerichtes gelegenen Örtlichkeit handelt (Fälle der Delegierung §§ 62 bis 63 St. P. O.).

Die Regel ist also klar: Das Beweisverfahren darf ganz oder teilweise, soweit es notwendig ist, im Sprengel eines anderen Bezirksgerichtes durchgeführt werden, es muß nur die Formalität des § 156 (Benachrichtigung) gewahrt werden.

Wann ist es notwendig? Das ist eine Frage, die auf eine erschöpfende Weise nicht beantwortet werden kann, es ist quaestio facti, deren Erledigung der diskretionären Gewalt des Bezirksrichters (beziehungsweise Einzelrichters, wenn der Bezirksrichter die Genehmigung der Beschlüsse des ersteren sich nicht vorbehalten hat, § 13 Abs. 2 G. O.) zusteht. Beispielsweise können laut Analogie des § 156 St. P. O. „große Schwierigkeiten", „große Kosten" mit

der Herbeischaffung der Beweismittel zum Sitze des Bezirksgerichtes verbunden, angeführt werden.

Es folgt daraus, daß die Einholung der Genehmigung der übergeordneten Behörden, insbesondere des Oberlandesgerichtes, durchaus nicht notwendig ist. Diesbezügliche Verfügung liegt vollkommen im Wirkungskreise des urteilenden Richters. Gegen diese Verfügung steht den Parteien das Recht der Beschwerde (§ 481 St. P. O., beziehungsweise § 15 St. P. O.) zu.

Die im Titel aufgestellte Frage müssen wir also bejahend beantworten.

---

5. Das Inzidentalverfahren im Strafprozesse.

§ 1. Die österreichische Strafprozeßordnung von 1873 enthält in den §§ 277 bis 279 Vorschriften, welche auf die sogenannten Zwischenfälle Bezug haben, das ist auf solche strafbare Handlungen, welche während der Hauptverhandlung im Sitzungssaale begangen werden. Es gibt wenige strafprozessuale Vorschriften, welche durch die Praxis in so hohem Grade willkürlich und gesetzwidrig angewendet werden, als die obgenannten. Es geschieht dies insbesondere:

1. im Falle falscher Aussagen eines Zeugen (in der Hauptverhandlung);

2. im Falle, wenn eine strafbare Handlung vor einem Schwurgerichtshofe begangen worden;

3. im Falle der Verhaftung eines „falsch" aussagenden Zeugen.

Ad 1. Es geschieht oft, daß ein Zeuge in der Hauptverhandlung Zeugnis ablegt, das entweder damit, was er in der Voruntersuchung ausgesagt, oder was andere Zeugen in der Hauptverhandlung behaupten zu dürfen glauben, im sichtbaren Widerspruche steht. In diesem Falle geschieht es nicht selten, daß der versammelte Gerichtshof auf Grund der erhobenen Inzidentalklage des Staatsanwaltes sofort den Zeugen wegen Verbrechens des Betruges (§§ 197, 199 a St. G.) verurteilt.

Ad 2. Derselbe Vorfall der falschen Zeugenaussagen oder auch einer anderen strafbaren Handlung (Taschendiebstahl unter den Zuhörern) kann sich vor dem Schwurgerichtshofe ereignen — man nimmt dann keinen Anstoß daran, daß der Gerichtshof lediglich aus drei Mitgliedern besteht und schreitet zur Urteilsfällung.

Ad 3. Es geschieht auch, daß der Schwurgerichtshof sich nicht für berufen hält, in der Versammlung von 3 Richtern das

Strafurteil zu fällen, jedoch die Verhaftung des Zeugen (nach Aufnahme eines entsprechenden Protokolls) und die Vorführung vor den Untersuchungsrichter veranlaßt. In diesem Falle wird wiederum der Grundsatz ausgesprochen, daß der Untersuchungsrichter kein Recht hat, den Vorgeführten zu enthaften, sondern die Pflicht hat, denselben während der ganzen Hauptverhandlung in Verwahrung zu halten. Die Begründung lautet: „Der Verhaftete und nachher freigelassene Zeuge könnte im Verhandlungssaale wieder erscheinen und dieses Erscheinen im Sitzungssaale macht auf die Geschwornen einen schlechten, ihren Wahrspruch beeinflussenden Eindruck."

Alle diese Inzidentalfälle spielen in der Praxis eine hervorragende Rolle und liefern oft das Material zur Diskussion, an welcher der Staatsanwalt, der Verteidiger, der Vorsitzende und der Untersuchungsrichter regen Anteil nehmen. Es werden Fragen erörtert: wann ein Inzidentalfall vorliegt, welche Stellung demselben gegenüber einzunehmen ist, wie das Verhältnis des Vorsitzenden zur Inzidentalhaft zu regeln sei und was der Untersuchungsrichter vorzunehmen habe?

Ist eine jede strafbare Handlung dazu geeignet, den Gegenstand des Inzidentalverfahrens zu bilden (mit Ausnahme der ausdrücklich durch das Gesetz ausgeschlossenen)? Darf ein jeder Gerichtshof, also auch der Schwurgerichtshof, im Falle des Inzidentalverfahrens das Urteil fällen? Hat die durch den Vorsitzenden veranlaßte Verhaftung eine kategorische Verwahrung zur Folge (etwa nach Analogie der §§ 175 letzter Absatz, oder 180 zweiter Absatz) wenigstens auf die Dauer der Hauptverhandlung? Das sind die Fragen, welche verschiedenartig beantwortet werden; der Kassationshof befaßt sich mit denselben entweder gar nicht oder auf eine wenig dezidierte Weise.

§ 2. Das Gesetz unterscheidet folgende zwei Fälle:

A. Falsche Aussage eines Zeugen in der Hauptverhandlung.

B. Verübung eines anderen Deliktes während der Hauptverhandlung,

a) durch den Angeklagten (§ 279), *b)* durch eine andere Person (§ 278).

Die gesetzlichen Bestimmungen lassen sich diesbezüglich folgendermaßen gruppieren:

Ad *A* Wenn es sich aus der Hauptverhandlung mit Wahrscheinlichkeit ergibt, daß ein Zeuge wissentlich falsch ausgesagt habe, so kann der Vorsitzende über dessen Aussage ein Protokoll aufnehmen und nach geschehener Vorlesung und Genehmigung von dem Zeugen unterfertigen lassen; er kann auch den Zeugen verhaften und dem Untersuchungsrichter vorführen lassen.

Ad *B. a)* Hat der Angeklagte während der Hauptverhandlung eine strafbare Handlung begangen, so finden die Bestimmungen des § 263 ihre volle Anwendung, das ist, es wird jene allgemeine Regel angewendet, welche für den Fall vorgeschrieben wird, wenn der Angeklagte bei der Hauptverhandlung noch einer anderen Tat beschuldigt wird, als wegen welcher er angeklagt war. Folgende Bedingungen der Urteilsfällung werden in diesem Falle ausdrücklich vorgeschrieben:

1. daß diese neue Tat nicht unter ein Gesetz fiele, das strenger ist, als dasjenige, welches auf die in der Anklageschrift angeführte strafbare Handlung anzuwenden wäre, es wäre denn, daß der Angeklagte zur gleichzeitigen Aburteilung seine Zustimmung gibt, 2. daß der Gerichtshof zur Aburteilung über die hinzugekommene strafbare Handlung zuständig sei.

Ad *B. b)* Es kann das Urteil sofort gefällt werden, wenn dies tunlich ist und die Tat kein Verbrechen oder Vergehen bildet, welches vor das Schwurgericht gehört; im entgegengesetzten Falle läßt der Vorsitzende den Täter dem Untersuchungsrichter vorführen.

Es folgt daraus, daß:

1. die Fällung eines Inzidentalurteiles zu den Seltenheiten gehören soll, und von einer ganzen Reihe von Bedingungen abhängig ist;

2. das Gesetz zwischen der falschen Aussage eines Zeugen und anderen strafbaren Handlungen unterscheidet;

3. das Gesetz im Falle, wenn der Zeuge eine falsche Aussage ablegt, dessen Verhaftung und Vorführung vor den Untersuchungsrichter zuläßt, und im Falle, wenn eine andere Person eine strafbare Handlung begangen hat, lediglich die Vorführung vor den Untersuchungsrichter anordnet.

Wir schreiten jetzt zu den uns interessierenden Fragen:

I. Das Inzidentaldelikt.

§ 3. Ist es reiner Zufall, daß das Gesetz zwischen der Behandlung der falschen Aussage und derjenigen anderer strafbaren Handlung differenziert? Es liegt wohl nahe, anzunehmen, daß, wenn es den Tatbestand nach § 277 selbständig reguliert, ohne ihn mit der allgemeinen Regel des § 278 zu umfassen, ein ernster Grund dazu vorliegen müsse. Stellen wir uns die Frage, ob bei dem Tatbestand des § 277 die im § 278 erwähnten Bedingungen erfüllt werden: 1. ist die sofortige Aburteilung der falschen Aussage tunlich? 2. darf bei der falschen Aussage von Betretung auf frischer Tat gesprochen werden?

Ad 1. Es gibt vielleicht überhaupt nichts Unsichereres, Zweifelhafteres, als die Frage, ob jemand objektiv und subjektiv die Unwahrheit gesagt habe. Insbesondere die Wissentlichkeit der falschen Aussage zu beweisen, gehört zu den schwierigsten Aufgaben. „Außer den beiden bisher vorwiegend beachteten Sphären der Erinnerungsfälschung: der schuldhaften (Lüge, beziehungsweise grobe Fahrlässigkeit) und der pathologischen Störung — gibt es ein breites Gebiet der normalen psychologischen Erinnerungsfehler, das nach Umfang und Bedeutung bisher beträchtlich unterschätzt wurde. Diese normalen Täuschungen sind nicht etwa allein auf Rechnung affektiver Beteiligung oder suggestiver Beeinflussung zu setzen; vielmehr ist ein bestimmter Grad der Fehlerhaftigkeit von vornherein als normales Merkmal auch der nüchternen und ruhigen, selbständigen und unbeeinflußten Durchschnittserinnerung zuzuschreiben. Die fehlerlose Erinnerung ist nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Und selbst der Eid ist kein Schutz gegen Erinnerungstäuschungen", sagt Stern, der verdienstvolle Begründer der Lehre von der Psychologie der Aussage (vgl. seine „Beiträge" und den Aufsatz in der Zeitschrift f. d. g. Str. R. W. XXII, insbesondere S. 327). Ist aber die Entscheidung über die Wissentlichkeit der falschen Aussage überhaupt schwierig, wer könnte sich erdreisten zu behaupten, daß die sofortige Aburteilung dieser Frage tunlich ist. Man braucht viel Zeit und genaue Forschung, um mit ruhigem Gewissen in solcher Angelegenheit ein Urteil zu fällen. Man muß Beweise oder wenigstens Indizien sammeln, um ganz bestimmt den Vorsatz anzunehmen, es reicht doch nicht aus, den Widerspruch

zwischen Aussagen verschiedener Zeugen festzustellen. Das ist ja gewiß der Grund, warum das Gesetz den § 277 nicht mit dem § 278 verquickt, warum im Falle falscher Aussage nicht die Aburteilung, sondern die Vorführung vor den Untersuchungsrichter vorgeschrieben ist (dieser letztere soll das nötige Material sammeln).

Ad 2. Was heißt: jemanden auf frischer Tat betreten? Das Gesetz enthält diesen Ausdruck auch anderorts (§§ 437, 175 Abs. 1 und 141). In den §§ 175 und 141 wird die Betretung auf frischer Tat mit der Betretung „mit Waffen oder mit anderen Gegenständen, die von dem Verbrechen oder Vergehen herrühren oder sonst auf seine Teilnahme an denselben hinweisen" gleichgestellt; im § 437 begegnen wir einer anderen Zusammenstellung: „Personen, welche auf der Tat ergriffen worden sind, oder hinsichtlich welcher sich mit Grund erwarten läßt, es werde der Beweis der Schuld gegen sie ohne Verzug hergestellt werden können." Es ist klar, daß in allen diesen Fällen gewisse sinnliche Wahrnehmungen auf einen Zusammenhang zwischen den beobachteten Vorfällen in der Außenwelt hinweisen. „Auf frischer Tat" betreten bezeichnet einen Zustand, bei welchem der Beobachter, wenn nicht einen sinnlich wahrnehmbaren Vorfall selbst, so wenigstens die Spuren desselben festzustellen imstande ist. Man darf von Betretung auf frischer Tat bei dem Diebstahle sprechen, wenn man die Hand des Diebes in eigener Tasche ergreift, oder bei dem Morde, wenn man sieht, daß jemand einen anderen würgt, bei dem Raube, wenn der Gendarm einen Menschen, der mit geraubten Gegenständen entflieht, ertappt. Aber man darf keineswegs von frischer Tat dort sprechen, wo der Schwerpunkt nicht in dem sinnlich Wahrnehmbaren, sondern darin liegt, welche Bedeutung die gegebene Handlung im Verhältnis zu anderen hat, welche rechtliche Bedeutung derselben zuzuschreiben ist.

Bei der Interpretation des § 278 wird der Wortlaut und die Zusammenstellung der Worte: „wird . . . eine strafbare Handlung verübt und dabei der Täter auf frischer Tat betreten" außer acht gelassen. Die Praxis geht von der Voraussetzung aus, daß dies bedeutet: „wird eine strafbare Handlung eben (frisch) verübt." Diese Interpretation ist nicht richtig: das Wort „Betreten" (= Ergreifen) bezeichnet die gegebene Situation charakteristisch: es ist, als ob jemand den Täter bei der Hand ergriffen hätte (vgl.

die altdeutsche „handhafte" Tat). Zutreffend sagt Brauer (G. S. von 1855 Bd. II. S. 288 ff.): „Die Betretung ist erst dann vorhanden, wenn der Zeuge dem Täter gegenübertritt, ihn zur Rede stellt (ihn „beruft" oder „beschreit", wie man im gewöhnlichen Leben zu sagen pflegt) oder wenigstens in der Art mit ihm zusammentrifft, daß der Täter daraus entnehmen kann, daß man ihn als den Verbrecher erkannt habe. Betreten heißt, dem anderen in den Weg treten, oder zu ihm herantreten während er die Tat verübt."[1])

Kann man von einer handhaften Tat mit Bezug auf eine falsche Aussage sprechen? Wenn man ein charakteristisches Merkmal angeben sollte, woran der Unterschied zwischen den strafbaren Handlungen, welche das Betreten zulassen und denjenigen, welche es ausschließen, zu erkennen ist, so wäre vielleicht als Grundsatz anzunehmen: das Betreten und die handhafte Tat tritt nur dann ein, wenn zur Beurteilung einer Situation das Gesicht ausreicht, und das Gehör entbehrlich ist. Wozu eine andere Deutung dieser Worte führen könnte, liefern die Verfassungsgesetze den besten Beweis. Die Gesetze vom 21. Dezember 1867 Nr. 141 R. G. Bl. (§ 16), vom 3. Oktober 1861 Nr. 98 R. G. Bl. (§ 2) und vom 21. Dezember 1867 Nr. 146 R. G. Bl. (§ 23) bestimmen, daß die Mitglieder des Reichsrates, der Landtage und der Delegationen während der Dauer der Session wegen einer strafbaren Handlung, den Fall der Ergreifung auf frischer Tat ausgenommen, ohne die Zustimmung des Hauses weder verhaftet

---

[1]) Daß „frische Tat" mit der „handhaften Tat" im engen Zusammenhange steht vgl. Holtzendorff, Strafprozeßrecht I, 329 ff. Vgl. auch die Begriffsbestimmung der „handhaften Tat" im Sachsenspiegel (II, Art. 35): „Handhafte Tat ist vorhanden, wenn einer den anderen auf der Tat ergreift oder auf der Flucht von derselben oder wenn derselbe das gestohlene oder geraubte Gut bei sich eingeschlossen hat und den Schlüssel dazu bei sich trägt." Vgl. Brunner (D. R. G. II, 581): „Handhafte Tat liegt vor, wenn der Täter auf frischer Tat oder auf der Flucht nach der Tat ergriffen wird. Handhaft heißt die Tat nicht, weil sie gewissermaßen mit den Händen zu greifen ist, sondern weil der Täter, während er ergriffen wird, die Spuren der Tat in der Hand trägt; so etwa der Dieb die gestohlene Sache, der Totschläger die blutige Waffe, der Brandstifter die Fackel, welche Dach und Wände des Hauses leckt, das er anzünden will." Auch Mayer (Komm. I, 477) legt großes Gewicht auf die „sinnliche Wahrnehmung".

noch gerichtlich verfolgt werden dürfen. Eine extensive Interpretation dieser Worte, „Ergreifung auf frischer Tat" macht das ganze Privilegium der Unverfolgbarkeit illusorisch. Ein Abgeordneter beschuldigt jemanden (in einer Versammlung), ein Verbrechen begangen zu haben (die Zuhörer sind überzeugt, daß der Vorwurf unbegründet ist), oder er begeht (nach der Ansicht des Regierungskommissärs) das Verbrechen nach §§ 58 und 65 St. G.; sollte der Vertreter der Regierung das Recht haben, seine Verhaftung zu veranlassen, da ein Fall der Ergreifung auf frischer Tat vorliegt? Zu diesem Resultate gelangen wir, wenn die obige Interpretation des § 278 St. P, O. analog in diesem Falle angewendet werden sollte, und diese Interpretation führt doch dazu, daß die Verwaltungsbehörden das Recht erhalten, durch willkürliche Qualifikation strafbarer Handlungen die Verfassungsrechte einzuschränken.

Der Kassationshof hat im Laufe der Zeit zwei verschiedene Ansichten vertreten: einmal (Entscheidung vom 6. März 1882 Slg. Nr. 432) spricht er den Grundsatz aus, daß es ganz unrichtig ist, wenn behauptet werden will, die Vorschrift des § 278 finde auf die Ablegung eines falschen Zeugnisses während der Hauptverhandlung keine Anwendung. Der § 278 unterscheide durchaus nicht zwischen den einzelnen Gattungen der Delikte und die Zulässigkeit der sogleichen Urteilsfällung sei nur an die Voraussetzung geknüpft, daß der Täter auf der frischen Tat betreten worden sei, das ist, daß derselbe vor dem versammelten Gerichte das Delikt begangen habe. (Großartige Definition der frischen Tat!)

Das anderemal wird der Standpunkt geändert (Entscheidung vom 27. Mai 1903 Slg. Nr. 2839): es wird vor allem festgestellt, daß die im § 277 vorgesehenen Maßnahmen offenbar zureichend befunden wurden, um wider bereits gesetzte oder erst geplante Machinationen von Zeugen Prävention zu üben, daß demnach die nachfolgende Vorschrift des § 278 auf die Fälle falschen Zeugnisses, für welche bereits § 277 vorsorgt, keine Anwendung findet; es wird auch das „sinnlich Wahrnehmbare" bei der Betretung auf frischer Tat mit Nachdruck hervorgehoben.

Es wäre müßig, mit der ersten Entscheidung zu polemisieren; es reicht aus, festzustellen, daß die zweite keine reformatio in pejus des oberstgerichtlichen Standpunktes bedeutet und daß die-

selbe infolgedessen freudig zu begrüßen ist. Schade, daß auf die Äußerung der richtigen Ansicht seit der Veröffentlichung der Strafprozeßordnung 30 Jahre zu warten war und inzwischen die falsche Doktrin Zeit gehabt hat, sich einzunisten. Ältere Handausgaben der Strafprozeßordnung (und die Handausgaben mit kurzem Extrakt der Entscheidungen bilden in der Praxis die Hauptquelle des juristischen Wissens) enthalten alle (zwischen 1883 bis 1903 herausgegeben) die Grundsätze der E. Slg. Nr. 432. Es wird noch lange dauern, bis die darauf beruhende Praxis gänzlich ausgerottet wird. Es ist aber wenigstens der Anlauf zu einer neuen Schablone festzustellen, was bezüglich der beiden folgenden Fragen nicht zu behaupten ist.

II. Das zum Inzidentalverfahren kompetente Gericht.

§ 4. Darf der Schwurgerichtshof ein Inzidentalverfahren, das bis zur Aburteilung führt, einleiten, darf er jemanden sofort für ein Verbrechen oder Vergehen verurteilen?

Warum schränken wir die Frage auf den Schwurgerichtshof ein, sollen wir sie nicht auf das ganze Schwurgericht ausdehnen?

§ 278 sagt ja: „von dem versammelten Gerichte sogleich abgeurteilt werden." Wenn wir diesen Ausdruck: „versammeltes Gericht" auf das Schwurgericht übertragen, so ergibt sich folgendes Resultat: ein Inzidentaldelikt soll vom ganzen Gerichte abgeurteilt werden, das heißt — so wie es versammelt ist, um in der Hauptsache das Urteil zu fällen, und ein solches Gericht besteht bei den Schwurgerichtssachen (in der Regel: vgl. § 300 und das Gesetz vom 23. Mai 1873 Z. 120 R. G. Bl.) aus einem Gerichtshofe und zwölf Geschwornen. Es folgt daraus auf Grund der *grammatischen* Interpretation, daß die Inzidentalfälle auf eine analoge Weise zu behandeln sind wie andere, den Schwurgerichten gesetzlich zugeteilten Delikte, das ist, die Schuldfrage sollen die Geschwornen beantworten und die Ausmessung der Strafe liege dem Gerichtshofe ob. Es drängen sich sofort Schwierigkeiten auf: in welchem Zeitpunkte sind die Fragen für die Geschwornen zu stellen (separat, oder gleichzeitig mit den auf die Hauptanklage Bezughabenden), ist es gerecht, daß von einer Geschwornenbank die Schuld des Inzidentalangeklagten beurteilt wird, auf deren

Zusammensetzung derselbe gar keinen Einfluß hat (§ 306 ff.)? Widerspricht dies nicht dem Geiste des Geschwornengerichtes? Es liegt auch ein prinzipielles Bedenken vor: Wird der Angeklagte bei einer Schwurgerichtsverhandlung noch einer anderen Tat (auch eines Inzidentaldeliktes) beschuldigt, als wegen welcher er angeklagt war, so ist dieser Fall im Gesetze ausdrücklich vorausgesehen (§ 321, der eine Analogie zu §§ 263 und 279 bildet: „so können auch darauf besondere Fragen gestellt werden"). Eine dem § 278 St. P. O. analoge Vorschrift enthält das XIX. Hauptstück (Von den Geschwornengerichten) nicht.

Das sind ganz einfache Folgerungen, die aus dem prinzipiellen Standpunkte zu ziehen sind. Vor diesen Schwierigkeiten schrecken diejenigen zurück, welche sonst das Inzidentalverfahren vor dem Schwurgerichte auch bezüglich anderer Personen (außerhalb des Angeklagten) befürworten. Man macht sich die Aufgabe leicht: die grammatische Interpretation wird ganz einfach beiseite geschoben, das Gesetz wird „reformiert". § 278 sagt „versammeltes Gericht", es wäre somit im gegebenen Falle „das Schwurgericht" zu setzen, man übergeht dies mit Schweigen und setzt das Wort: „Schwurgerichtshof". Daß dieser Vorgang eine Willkür sondergleichen bedeutet, braucht nicht hervorgehoben zu werden.[1]) Es ist klar, daß auch hier, trotzdem die Aufgabe durch eine künstliche grammatische Interpretation stark erleichtert wurde, noch die weiteren Schwierigkeiten bestehen: eine Strafsache, zu deren Entscheidung das Gesetz eine Versammlung von vier Richtern erfordert (§ 13 St. P. O.), soll in einer Versammlung von drei Richtern abgeurteilt werden? Gibt es keinen Grundsatz des § 17 St. P. O., nach welchem bei Entscheidungen in Strafsachen die Zahl der Stimmführer der Richterkollegien weder größer noch kleiner sein darf, als sie in den §§ 12 bis 16 festgesetzt ist? Um den Angeklagten schuldig zu finden, sollen schon zwei Stimmen ausreichen, trotzdem in einem normalen, dem Gesetze entsprechenden Falle drei Stimmen dazu nötig wären? Vgl. § 20, I: „Wo das

---

[1]) So tut z. B. Rosenblatt (G. Z. ex 1879 Nr. 36), welcher vier mögliche Fälle aufzählt: „3. Vor dem Schwurgerichtshofe wird ein nicht vor das Schwurgericht gehöriges Delikt begangen" (vgl. 4) und im folgenden immer von dem Schwurgerichtshofe spricht — ähnlich Mayer (Komm. II, 505), der sich auf Rosenblatt beruft.

Gesetz nicht etwas anderes ausdrücklich anordnet, wird zu jedem Beschlusse absolute Stimmenmehrheit, das ist mehr als die Hälfte sämtlicher Stimmen erfordert".) Sollen die Chancen des Angeklagten deswegen ungünstiger ausfallen, weil noch dazu seine Schuld die Vorprüfung des Untersuchungsrichters und der Ratskammer entbehrt?

Auf diese Einwände erhält man eine lakonische Antwort: es ist dies alles wohl wahr, aber es schreibt doch das Gesetz (§ 311) vor, daß die Hauptverhandlung vor dem Geschwornengericht sich nach den im XVIII. Hauptstücke enthaltenen Anordnungen richtet, „soweit in diesem Hauptstücke nicht etwas anderes verfügt ist" und weil in diesem (XIX.) Hauptstücke (von den Geschwornengerichten) nichts „anderes" vorgeschrieben ist, soll also das ganze Inzidentalverfahren (§§ 277 bis 279) ohne weiteres stattfinden, es kann also auch die Anwendung des § 278 nicht ausgeschlossen werden (Rosenblatt a. a. O., Mayer a. a. O.).

Vor allem muß hervorgehoben werden, daß überhaupt nicht alle Vorschriften der §§ 277 ff. vor den Geschwornengerichten ihre Anwendung finden werden und können. Es reicht aus, auf den § 279 hinzuweisen, der doch den § 263 anführt, und dieser letztere hat für das Verfahren vor den Geschwornengerichten prinzipiell keine Bedeutung, da der analoge Fall durch den § 321 geregelt wird. Der obgenannten Argumentation stehen aber noch andere Bedenken im Wege: das Gesetz äußert sich ja ausdrücklich (im § 311): die „Hauptverhandlung vor dem Geschwornengericht", das heißt die Hauptverhandlung in einer Strafsache, welche vor die Geschwornengerichte gehört, und alle Maßregeln, deren Vornahme ihrem Wesen nach den Geschwornengerichten obliegt. Das Inzidentalverfahren gehört ja nicht zum Wesen der Hauptverhandlung, die Verhandlung kann doch ohne Zwischenfälle vorgenommen werden.[1]) Diese Art der grammatischen Interpretation,

[1]) Es ist charakteristisch, daß die deutsche Strafprozeßgebung eine unmittelbare Urteilsfällung in der Zwischenfallstrafsache nicht kennt. § 185 des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1877 schreibt ganz allgemein vor: „Wird eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen, so hat das Gericht den Tatbestand festzustellen und der zuständigen Behörde das aufgenommene Protokoll mitzuteilen." „In geeigneten Fällen ist die vorläufige Fest-

welcher sich die obgenannten Verfasser bedienen, ist willkürlich und wenig überzeugend.[1])

Die geschichtliche Interpretation führt ja auch zu einem entgegengesetzten Resultate: Das Strafprozeßgesetz von 1850, das bekanntlich als Vorbild des Gesetzes von 1873 gedient hat, bestimmt ausdrücklich: „Die Bestimmungen über die Zwischenfälle finden auch bei den Geschwornengerichten ihre Anwendung" (§ 351). In den Entwürfen zum Gesetze von 1873, sowie auch in diesem Gesetze selbst fehlen diese Worte. Man muß annehmen, daß sie absichtlich weggelassen wurden. Bloß redaktionelle Rücksichten auf die Kürze der Fassung konnten doch nicht in die Wage fallen, da es sich um eine exzeptionelle Maßnahme handelt. Es kann nun folgender Zweifel auftauchen: da das Gesetz von 1850 ausdrücklich das Inzidentalverfahren vor dem Schwurgerichtshofe als zulässig erklärt, so gibt es offenbar keine prinzipiellen Schwierigkeiten, die einer solchen Konstruktion im Wege ständen. Die wenig überzeugende Kraft eines solchen Argumentes vom Standpunkte der Interpretation ist klar: für die Auslegung eines Gesetzes ist lediglich das gegebene, zu interpretierende Gesetz von Belang, es handelt sich auch nicht um eine prinzipielle Schwierigkeit, sondern lediglich darum, ob das Gesetz entsprechende Vorschriften enthält oder nicht. Es ist außerdem darauf hinzuweisen, daß nach dem Gesetze von 1850 der Schwurgerichtshof aus einem Vorsitzenden und aus vier Richtern bestand (§ 21), der Landesgerichtshof aber aus einem Vorsitzenden und zwei Richtern (§ 14). Der Angeklagte erlitt keine Schmälerung seiner Rechte, wenn er anstatt in einem kleineren Kollegium in einem größeren der Entscheidung seiner Strafsache entgegensah. In unserem Falle ist es ja doch umgekehrt: die Garantien einer gründlichen Prüfung der Schuld des Angeklagten sind kleiner.

Man begegnet auch einem anderen Argumente (Rosenblatt a. a. O., Mayer Komm. II. 505), man beruft sich auf den

---

nahme des Täters zu verfügen." Diese Vorschrift ist nicht in der Strafprozeßordnung, sondern in dem Gerichtsverfassungsgesetz enthalten, hat somit auch den Zivilgerichten gegenüber volle Anwendung.

[1]) Es ist auch nicht zu vergessen, daß die §§ 277 bis 278 die Bedeutung einer Ausnahme haben (vgl. die Regel des § 278, wonach die Hauptverhandlung lediglich zur Erholung oder Herbeischaffung von Beweismitteln unterbrochen werden darf), eine Ausnahmsbestimmung muß aber möglichst streng interpretiert werden.

Wortlaut der Motive zum VI. Entwurf (falsch als IV zitiert); „Da § 306 seinem vollen Wortlaute nach auch für Verhandlungen vor den letztgenannten Gerichten gilt, so ist es klar, daß auch dieser Schwurgerichtshof für an sich an das Landesgericht gehörige Sachen (und zwar ohne Mitwirkung von Geschwornen) kompetent sei, aber auch nur für diese summarisch vorgehen könne" (vgl. Mayer, Geschichte S. 773). Wir lassen außer acht den Umstand und die Frage, ob die Motive zum VI. Entwurf, nach welchem noch vier (VII—X) andere erschienen sind, irgendwelche Bedeutung für das allerletzte Ergebnis der Entwicklung, das ist für das geltende Gesetz, haben kann, es ist jedoch ein anderer Umstand hervorzuheben, der zugleich als Warnung vor einem wenig vorsichtigen Zitieren dienen könnte. Nach dem VI. Entwurfe besteht (ebenso wie nach dem Gesetze von 1850) der Schwurgerichtshof aus einem Vorsitzenden und vier Richtern, der Landesgerichtshof aus einem Vorsitzenden und zwei Richtern (Mayer, Geschichte S. 835 und 365); kann man trotzdem, daß das Verhältnis im geltenden Gesetze umgekehrt ist, die oberwähnten Motive zur Bekräftigung einer kühnen These anrufen?

Man begegnet noch anderen Argumenten: was schadet, daß der Schwurgerichtshof aus drei Richtern besteht, wir haben doch Vorschriften, die eine solche Zusammensetzung der Richterkollegien als gerechtfertigt erscheinen lassen.

1. Wenn der Gerichtshof nicht gehörig besetzt war und der Angeklagte diesen Tatumstand nicht sofort geltend gemacht hat, gibt es keine Nichtigkeit (§ 281 Z. 1 Str. Pr. O.).

2. Es entscheidet auch der Schwurgerichtshof in einer Versammlung von drei Richtern Fragen von einschneidender Wichtigkeit, wie: daß das Strafverfahren ohne den Antrag eines gesetzlich berechtigten Anklägers eingeleitet oder gegen dessen Willen fortgesetzt worden ist, daß die Strafbarkeit der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat durch Verjährung oder Begnadigung aufgehoben oder die Verfolgung aus Gründen des Prozeßrechtes ausgeschlossen ist (§§ 259, Z. 1 bis 2, 317). Darauf ist zu erwidern:

Ad 1. Die Vorschrift des § 281 Z. 1 hat zweifellos volle Anwendung für den normalen Gang des Verfahrens, — einer gewöhnlichen Hauptverhandlung gegenüber, bei welcher der als Angeklagter Vorgeladene und entsprechend Vorbereitete zur Beobachtung

Zeit und Muße hat; es ist ihm ermöglicht, den Rechtsbeistand zu bestellen, welcher auf der Hut seiner Interessen steht, und die gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Zusammensetzung des Gerichtshofes genau kennt. Diese Vorschriften können keineswegs für das Inzidentalverfahren von Belang sein, da es sich doch um einen Ausnahmefall handelt: eine gegebene Person, die ahnungslos vor dem Gerichte erscheint, wird plötzlich zum Angeklagten und fast sofort wird sie verurteilt. Das Recht des Widerspruches gegen eine gesetzwidrige Zusammensetzung des Gerichtshofes, das ihr § 281 einräumt, ist in diesem Falle gänzlich illusorisch!

Ad 2. Zwischen der Entscheidung über rein formale Fragen oder Fragen rein juristischer Bedeutung einerseits und der Entscheidung über die Schuldfrage anderseits besteht ein zu großer Unterschied, als daß es nötig wäre, dies besonders hervorzuheben. Die Zahl der drei Richter kann als ausreichend erscheinen, wenn es darauf ankommt, zu entscheiden, ob im gegebenen Falle schon ein Urteil gefällt wurde, oder ob der Ankläger von der Anklage zurückgetreten ist. Dieselbe Zahl ist jedoch nicht ausreichend (wenigstens vom Standpunkte der geltenden Gesetzgebung), um bei Verbrechen und Vergehen die Schuldfrage zu beantworten; nicht um Feststellung einer Tatsache handelt es sich hier, sondern um einen wichtigen Spruch, der auf der richterlichen Überzeugung fußt.

III. Die Inzidentalhaft.

§ 5. Vor allem ist die Frage zu beantworten, was für eine Rolle spielt die durch den Vorsitzenden veranlaßte Haft. Es ist eine von einem nicht kompetenten Richter herrührende Maßregel, welche auf eine präventive Verhaftung Bezug hat — sie ist also nach Analogie des § 177 St. P. O. zu beurteilen; wir haben hier also mit einer vorläufigen Verwahrung zu tun (charakteristisch ist, daß das Gesetz das eine Mal „den Zeugen verhaften und dem Untersuchungsrichter vorführen" läßt, das andere Mal „den Täter dem Untersuchungsrichter vorführen").

Der Untersuchungsrichter, dem der Verhaftete vorgeführt wird, soll zweifellos denselben binnen vierundzwanzig Stunden vernehmen (oder längstens innerhalb drei Tagen, § 179); in der Praxis geschieht es meistenteils, daß der Vorgeführte sofort einvernommen wird.

Das Gesetz schreibt weiter vor, daß der Untersuchungsrichter sofort nach der Vernehmung zu beschließen hat, ob der Beschuldigte wieder auf freien Fuß gestellt oder wider ihn die ordentliche Untersuchungshaft verhängt werden solle (§ 179 II). Der Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung liegt nicht vor (anderer Meinung Rosenblatt a. a. O. — ohne Angabe der Gründe), die Strafakten waren ja noch nicht bei der Staatsanwaltschaft, welche doch den entsprechenden Antrag zu stellen hat (§ 92). Infolgedessen kann der Untersuchungsrichter der Vorschrift des § 179 nicht entsprechen, kann also höchstens bezüglich der weiteren Dauer der vorläufigen Verwahrung einen Beschluß fassen und die Strafakten der Staatsanwaltschaft übermitteln. Diese vorläufige Verwahrung muß jedoch ebenso begründet sein, wie eine jede Einschränkung der Freiheit im Vorverfahren, dem entsprechenden Beschlusse muß eine gesetzliche Vorschrift zugrunde liegen. Diese Verwahrung kann also einen kategorischen Charakter haben, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, bei welchem nach dem Gesetze auf die Todesstrafe oder mindestens zehnjährige Kerkerstrafe zu erkennen ist (vgl. § 175 letzten Absatz), kann aber auch einen fakultativen Charakter haben. Der Fall des § 175 Z. 1 dürfte hier jedenfalls ausgeschlossen bleiben, da hier nicht von der Festnehmung, sondern von der weiteren Dauer der Verwahrung die Rede ist (Analogie des § 180). Die Kollusionsgefahr (§ 175 Z. 3) muß in der Regel als ausgeschlossen gelten, da als Zeugen des Vorfalles die Mitglieder des Gerichtshofes auftreten. Es wird ja auch ein eingehendes Protokoll aufgenommen, bei dem falschen Zeugnisse die Aussage niedergeschrieben.[1])

Die Wiederholungsgefahr (§ 175 Z. 4), welche überhaupt nur ausnahmsweise die Präventivhaft begründen kann, spielt ihre Rolle nur bei gewalttätigem Vorgehen, im Falle des § 277 (falsche Aussage) ist sie ausgeschlossen. Es verbleibt also lediglich die

---

[1]) Der Umstand, daß der Verhaftete, dessen Haft aufgehoben wird, auf andere Zeugen einen ungünstigen Einfluß ausüben könnte, um seine Freisprechung herbeizuführen, kann hier nicht ins Gewicht fallen, weil im entgegengesetzten Falle die Kollusionshaft immer bis zur Hauptverhandlung und sogar während derselben dauern müßte. Das Gesetz steht doch nicht auf diesem Standpunkt, befürchtet diesen Einfluß nicht ohneweiters, sondern verlangt, daß besondere Umstände die Kollusionsgefahr als begründet erscheinen lassen.

Fluchtgefahr, welche in der Regel den einzigen Fall der begründeten Verwahrung seitens des Untersuchungsrichters nach der Vernehmung in dem Inzidentalverfahren ausmachen könnte. Unter diesen Umständen muß eher die Aufhebung der Haft des Verhafteten, als dauernde Verwahrung die Regel bilden. In der Praxis wird als ein Argument für die Verwahrung die Rücksicht auf die Geschwornen zitiert (namentlich im Falle, wenn es sich um die falsche Aussage vor dem Schwurgerichtshofe handelt). Es solle einen schlechten Eindruck machen, wenn der durch den Vorsitzenden Verhaftete nach einer kurzen Zeit (nachdem er durch den Untersuchungsrichter einvernommen wurde) im Gerichtssaal wieder erscheint. Die Geschwornen könnten daraus den Schluß ziehen, daß der Untersuchungsrichter einer anderen Meinung als der Vorsitzende ist — der ganze Effekt sei verloren. Es wird daraus die praktische Folgerung gezogen, daß der Untersuchungsrichter den Zeugen in dauernde Verwahrung nehmen soll.

Usus forensis macht daraus eine allgemeine Regel, daß der Untersuchungsrichter niemals den im Inzidentalverfahren Verhafteten (selbst nach der Einvernehmung) entlassen darf, sondern immer, nachdem er die Strafakten der Staatsanwaltschaft übermittelt hat, die Anträge derselben abzuwarten hat. Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß eine weitere juristische Diskussion dort verstummen muß, wo einerseits dem Effekt die Rechnung getragen wird, anderseits sogar an entsprechender Differenzierung gebricht.

Wir wollen die Resultate des oben Angeführten kurz zusammenfassen:

1. Im Falle falscher Aussage während der Hauptverhandlung ist eine sofortige Aburteilung nicht statthaft.

2. Eine sofortige Aburteilung durch den Schwurgerichtshof ist unter keinen Umständen zulässig.

3. Die vorläufige Verwahrung des Verhafteten im Inzidentalverfahren soll in der Regel nach der Einvernehmung desselben durch den Untersuchungsrichter sofort aufgehoben werden.

IV.

Preßrecht.

---

1. Eventuelle Umwandlung einer Geld- in eine Arreststrafe und objektive Haftung der periodischen Presse.

§ 1. Arreststrafe im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe.

Bekanntlich gilt in der österreichischen Strafgesetzgebung allgemein der Grundsatz, daß im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an ihre Stelle die Arreststrafe tritt.

Diese im § 266 Str. P. O. („wird auf eine Geldstrafe erkannt, so ist zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an die Stelle tretende Arreststrafe zu bestimmen") und im § 409 Str. P. O ausgesprochene Maxime wird durch die Ministerialverordnung vom 11. Februar 1855 (R. 30) vervollständigt: „In den Strafurteilen sowie in den während des Laufes des Strafverfahrens ergehenden Erkenntnissen der Strafgerichte oder der Untersuchungsrichter, durch welche gegen jemand eine Geldstrafe verhängt wird, ist zugleich jene Arreststrafe auszusprechen, welche im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle zu treten hat" und durch § 260 Abs. 3 Str. G. (vgl. auch § 7 Str. P. O.) näher geregelt (für 5 fl. [10 *K*] Arreststrafe von einem Tage).[1]

Dieses Prinzip ergreift nicht nur sensu stricto alle Disziplinarstrafen während des Strafverfahrens (§§ 108, 119, 143, 159 bis 160, 182, 235 bis 236, 242, 327, § 23 Ges. vom 23. Mai 1873 [R. 121]), sondern auch die Mutwillensstrafe des Advokaten (§ 288 Str. P. O.).[2]

---

[1]) Bezüglich gewisser Schwierigkeiten in der Praxis vgl. den interessanten Aufsatz Dr. Hellmers in der G.-Z. Nr. 25 ex 1904.

[2]) Ullmann, Str. P. O., II. Aufl., 782, Note 3. Mayer, II, 626, Abt. 27. Warum sonst Mayer glaubt (II, 166, Abt. 23), daß die für ungebührliches

Diese Konstruktion der österreichischen Gesetzgebung steht nicht vereinzelt da, die Haftung der Freiheit des Verurteilten für die gegen ihn ausgesprochene Geldstrafe wird auch von anderen Gesetzgebungen anerkannt, da der ihr zugrunde liegende Gedanke: der Haftung eines Rechtsgutes für das andere viel zu einfach ist, als daß er nicht in einer gegebenen Rechtsordnung seinen Ausdruck finden sollte.

Das Verhältnis der Freiheitsentziehung zu einer ausgesprochenen Geldstrafe kann sich auf zweifache Art gestalten:

a) Die Freiheitsentziehung bildet ein Exekutionsmittel, das die Veranlassung des Verurteilten zur Zahlung der Geldstrafe bezweckt;

b) sie bildet ein Surrogat der Geldstrafe, ist also eine selbständige Strafe, die an die Stelle der Geldstrafe tritt.

Ad *a)*. Die Freiheitsentziehung als Exekutionsmittel ist eine primitive Konstruktion, die aus jener Epoche herrührt, wo die Geldstrafe als Überbleibsel der Compositio einen mehr privatrechtlichen Charakter hatte, selbst wenn sie zugunsten des Staatsschatzes geleistet worden war. Gleich wie im Falle der Nichtzahlung des Wergeldes die Friedloslegung die Folge war und die Gesellschaft (der Staat) auch denjenigen, der die Todschlagsbuße nicht zahlen wollte, nicht schützte und auf diese Weise die durch die Beschädigten vollstreckte Todesstrafe rechtlich anerkannte, so hat sie auch nach einem Mittel gesucht, den Schuldigen zur Zahlung einer Geldstrafe (fredus, faidus usw.) zu zwingen.

Sowie die Haft im Falle der Nichtzahlung von Schulden bis heute, obgleich in einer geänderten Gestalt,[1]) ihre Geltung behalten hat (vgl. das Exekutionsmittel zur Erzwingung der eidlichen Offenbarung des Vermögens §§ 48 bis 49 österr. E. O.), so wird von

---

Benehmen der Advokaten bei der Hauptverhandlung ausgesprochene Geldstrafe in eine Arreststrafe nicht umgewandelt werden kann, ist nicht leicht erklärlich.

[1]) Wie diese Institution der Haft für Schulden allgemein verbreitet ist, legt die Analogie der bezüglichen Rechtssätze in Marokko Zeugnis ab: Ayant acquis la preuve de la réalité de la créance, le Caïd demande au débiteur, s'il veut payer. Non? En ce cas en prison! .... l'arrangement conclu, on en avertit le Caïd qui fait élargir le prisonnier (Maeterlinck, Journ. du droit intern. privé 1900, S. 478); ähnlich heute noch in der Republik Haïti (vgl. Curiel, Droit haïtien Bull. men. de legisl. comp. 1900, S. 483).

manchen Staaten die Haft als Exekutionsmittel zur Erzwingung der Zahlung der Geldstrafe angewendet.

Charakteristische Vorschriften in dieser Hinsicht enthält die französische Gesetzgebung, welche die Haft (la contrainte par corps) als Exekutionsmittel sowohl für Geldstrafen (l'amende) wie auch für die mit dem Strafurteil zuerkannten privatrechtlichen Ansprüche (restitutions, dommages-intérêts) und für die Kosten des Strafverfahrens (frais) zulassen.[1])

Nach dem Code pénal dauert die Haft aus Anlaß einer Geldstrafe oder der Kosten des Strafverfahrens (anders, wenn es sich um privatrechtliche Ansprüche handelt) ein Jahr im Falle der Verurteilung wegen eines Verbrechens (Art. 53), 6 Monate bei Vergehen (Art. 53) und 15 Tage bei Übertretungen (Art. 467), selbstverständlich unter der Bedingung, daß die Uneinbringlichkeit der Geldstrafe erwiesen worden ist. Wenn also der Verurteilte den Beweis der Uneinbringlichkeit nicht geliefert hat oder nach Ablauf des oberwähnten Zeitraumes und provisorischer Freilassung (liberté provisoire) neue Vermögensstücke erhalten hat, dauert die Haft weiter, beziehungsweise wird von neuem verhängt (Art. 53, 469).

Die Novelle vom 22. Juli 1867 modifiziert dieses System nach zwei Richtungen, indem sie einerseits die Grenzen der Haft (Minimum zwei Tage, Maximum zwei Jahre) anders reguliert und den Gerichtshöfen zur Pflicht macht, die Dauer genau anzugeben, anderseits eine zweite Verschließung wegen derselben Geldstrafe aufhebt und dadurch der Haft den Charakter einer Subsidiarstrafe aufprägt; dieser Charakter tritt noch mehr bei denjenigen hervor, welche die Uneinbringlichkeit im vorhinein erwiesen haben; sie sollen (Art. 10) trotzdem die Hälfte der im Urteile angegebenen Haft abbüßen. Trotzdem ist das Wesen dieser Institution, welche vor allem ein Exekutionsmittel bildet, nicht ganz preisgegeben worden.[2])

---

[1]) L'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être poursuivie par la voie de la contrainte par corps (art. 52. Code pénal), ähnlich in Siam (Mittl. I. K. V. IX, 343). Vgl. auch Art. 49 des ägyptischen Strafgesetzes und die Reform vom 17. März 1898 (ib. 249).

[2]) Garraud Traité. II, S. 61 sq. La contrainte par corps est avant tout une voie d'exécution (S. 64). La contrainte par corps n'est pas une peine puisque nulle part, la loi ne l'a ainsi qualifiée c'est une voie d'exécution des condamnations pécuniaires, prononcées pour faits délictueux (ib. 63—64).

Ad *b*). Die belgische Gesetzgebung (Str. G. 1867) sowie auch die englische, italienische (Str. G. 1889), österreichische, deutsche (Str. P. O. 1877) sind einen anderen, modernen Weg geschritten. Die Haft bildet kein Exekutionsmittel, dessen Zweck die Einbringung der Geldstrafe ist, sondern eine Strafe. Das ökonomische Element in der Geldstrafe spielt für den Staat keine so große Rolle wie die Vergeltung in der Form der Verkürzung eines der Güter des Schuldigen; ob dieses Gut das Vermögen oder die Freiheit heißt, ist für den Staat von sekundärer Bedeutung. Infolgedessen bestimmt der Staat entweder eine fixe, schablonenhafte Zusammenstellung dieser Güter, unabhängig von der Individualität des Täters — anders also, als bei der umgekehrten Umwandlung der Arrest- in eine Geldstrafe (vgl. § 261 Str. G., „eine den Vermögensumständen des zu Bestrafenden angemessene Geldstrafe"), weil dort, wo als Voraussetzung gleiche Vermögenslosigkeit (Uneinbringlichkeit) gilt, eine gleiche Empfindlichkeit bezüglich der Freiheitsentziehung angenommen wird,[1]) oder aber der Staat bestimmt, indem er die Individualität des Verurteilten berücksichtigt, nur annähernd das Äquivalent.[2]) Nachdem das Äquivalent der Geldstrafe — die Arrest-

[1]) So in der österreichischen (§ 7 Str. P. O. 10 Kronen = 1 Tag, vgl. auch § 260 Str. G.) und italienischen (§§ 19 und 24 Str. G. 10 Lire = 1 Tag) Gesetzgebung.

[2]) So in Deutschland (§ 29 Str. G.) bei Verbrechen und Vergehen ist ein Tag des Gefängnisses 3 bis 15 Mark gleich, bei Übertretungen ist ein Tag des Arrestes 1 bis 15 Mark gleich. Der Richter hat also diskretionäre Gewalt bei der Umwandlung. Ähnlich in England (Harris Altenborough, Principles 489—490) und in Belgien, wo der Richter das Maximum von sechs Monaten bei Verbrechen, drei Monaten bei Vergehen und drei Tagen bei Übertretungen nicht überschreiten darf (Prins Science pénale 498). Was das Wesen der belgischen Haft anbelangt, könnte man diskutieren. Das Gesetz (vom Jahre 1867, Art. 40) nennt sie emprisonnement subsidiaire: wenn sie der Täter abgebüßt hat, braucht er die Geldstrafe nicht zu zahlen. Anderseits tritt diese Haft nicht ipso facto an die Stelle der Geldstrafe, sondern sie wird nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft (ministère public) mit einem spezialen Urteil ausgesprochen, wenn die Exekutionsorgane die Uneinbringlichkeit konstatieren. Es ist eine Tendenz der modernen Magistratur in Belgien, diese Verhaftung nur dann in Anspruch zu nehmen, wenn der Schuldige mala fide handelt und das Vermögen verbirgt, que si au contraire son insolvabilité est reconnue, il faut s'abstenir de l'emprisonner (Prins, ib. 498, Note).

Trotz dieser Praxis, welche die Haft lediglich als Exekutionsmittel anzuwenden strebt, ist sie dem Wortlaute des Gesetzes entsprechend, als Strafe zu betrachten (vgl. Garraud, II, 61, Note 18).

strafe — abgebüßt worden, ist die Sache erledigt, die Geldstrafe wird nicht mehr eingezogen.

Der österreichischen Gesetzgebung entsprechend wird die eventuelle Arreststrafe (auf den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe) in demselben Erkenntnisse oder Urteile ausgesprochen, mit welchem auf Geldstrafe erkannt wird (ist zugleich zu bestimmen, auszusprechen § 266 Str. P. O. und § 1, Verordnung vom Jahre 1855, ähnlich in Deutschland §§ 28, 29 Str. G.; vgl. auch das etwas andere Verfahren nach § 463 Str. P. O.; anders in Belgien und England). Es wird hiermit festgestellt, daß die Haft, in welche die Geldstrafe umgewandelt wird, in der österreichischen Gesetzgebung eine Strafe und nicht, wie in der französischen ein Exekutionsmittel bildet.

Fraglich ist, ob das oberwähnte Prinzip der Umwandlung der Geldstrafe in eine Arreststrafe unbedingt immer und in jedem Falle der ausgesprochenen Geldstrafe gilt, oder ob es Fälle gibt, in welchen die Haft an die Stelle der Geldstrafe infolge der Kollision mit einem anderen Grundsatze nicht tritt. Unseres Erachtens finden wir ein solches kollidierendes Prinzip in der österreichischen Preßgesetzgebung; dieses Prinzip ist nämlich die objektive Haftung der periodischen Presse für die aus Anlaß der Herausgabe einer periodischen Druckschrift ausgesprochenen Geldstrafen und das damit zusammenhängende Exekutionsmittel der Einstellung der Herausgabe der betreffenden periodischen Druckschrift.

§ 2. Periodische Druckschrift.

Eine periodische Druckschrift (es ist wohl zu unterscheiden von einer vor der Novelle vom Jahre 1894 kautionspflichtigen Druckschrift) ist (§ 7 P. G.) diejenige, welche wenigstens einmal im Monate, wenn auch in ungleichen Zeitabschnitten erscheint (also Tagesblätter, Wochen-, Monatsschriften, ohne Rücksicht auf den Inhalt und den Zweck der Publikation, jedoch nicht diejenigen, wenn auch politischen Blätter, welche seltener als einmal im Monate erscheinen).

Die periodischen Druckschriften erfreuen sich im allgemeinen einer exzeptionellen Stellung im Gesetze: es existieren spezielle für sie ausgegebene Vorschriften (§ 9, Abs. 3, 11, 17, 19 bis 20, 25, Art. 3 der Novelle vom Jahre 1868, Abs. 1).

Bis zur Novelle vom Jahre 1894 hatten die periodischen Druckschriften, die — wenn auch nur nebenbei — politische, soziale oder religiöse Fragen besprachen und öfters als einmal im Monate erschienen, die Pflicht, zum Erlage einer Kaution (§ 13 P. G.). Wissenschaftliche und Fachblätter wie auch die von der Regierung herausgegebenen Blätter waren kautionsfrei.

Diese Kaution haftete für alle aus Anlaß der Herausgabe der periodischen Druckschrift, für die sie bestellt wurde, infolge eines Strafurteiles zu bezahlenden Geldstrafen und Kosten des Strafverfahrens auch dann, wenn der Erleger der Kaution für seine Person nicht strafbar befunden wurde (§ 15).

Wurde der zur Zahlung auferlegte Betrag nicht erlegt und der Ausweis hierüber dem Staatsanwalte nicht erbracht, so war es dessen Pflicht, nach Ablauf von drei Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Straferkenntnisses zwangsweise die Zahlung aus den als Kaution erliegenden Werten zu veranlassen (§ 15, Abs. 2). Wurde die auf diese Weise verminderte Kaution binnen acht Tagen nach erfolgter Verständigung nicht ergänzt und diese Ergänzung beim Staatsanwalte nicht ausgewiesen, so hatte dieser die Pflicht, die Herausgabe der periodischen Druckschrift für solange einzustellen, als die Ergänzung nicht ausgewiesen wurde (§ 16).

Was geschah mit anderen periodischen, aber nicht kautionspflichtigen Druckschriften? Die Antwort auf diese Frage war in dem jetzt (nach 1894) aufgehobenen § 16 Abs. 2 Pr. G. zu finden: Wenn nämlich im Falle einer Verurteilung zur Geldstrafe und Kostenersatz die Zahlung dieser Beträge nicht binnen acht Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Erkenntnisses bei dem Staatsanwalte ausgewiesen wurde, so wurde die weitere Herausgabe der Druckschrift eingestellt.

Die Novelle vom 9. Juli 1894 (R. 161), § 1, hat die Pflicht des Kautionserlages aufgehoben und vorgeschrieben, daß dann, wenn die Geldstrafe und die Kosten des Strafverfahrens binnen acht Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Erkenntnisses nicht bezahlt worden sind und die Zahlung beim Staatsanwalte nicht ausgewiesen worden ist, die weitere Herausgabe für so lange einzustellen ist, bis die Zahlung ausgewiesen wird.

Es ist klar, daß die Novelle im § 1 das Preßgesetz nur dahin abändern wollte, daß sie die Kautionspflicht aufhob, so daß sie die bisher kautionspflichtigen Druckschriften den nicht kautionspflichtigen gleichstellte. Darauf weist hin, daß der aufgehobene § 16 Abs. 2 P. G. und § 1 der Novelle völlig gleich lauten.

Heute ist die Stellung aller periodischen Druckschriften dieselbe und es soll dem § 1 der Novelle gemäß im oberwähnten Falle die Einstellung der Herausgabe bis zum Ausweise der Zahlung eintreten.

§ 3. Periodische Druckschrift als Objekt der Strafe und der Exekution.

Die österreichische Strafgesetzgebung kennt (beziehungsweise hat gekannt) neben den Funktionären einer periodischen Druckschrift als Subjekten der strafbaren Handlung und Objekten der Strafe die objektive Haftung der Zeitschrift als Unternehmung. Es handelt sich dabei nicht um sogenanntes objektives Verfahren wider einzelne Nummern einer Zeitschrift, ihre Beschlagnahme (§ 493 ff. Str. P. O.), weil diesem Verfahren alle Druckschriften unterliegen können und die Tätigkeit der Behörde in dieser Hinsicht einen prinzipiell präventiven Charakter trägt. (Vgl. Liszt, Pr. R. 161 ff.)

Die österreichische Preßgesetzgebung kennt die Repression bezüglich der periodischen Druckschriften, kennt (beziehungsweise hat gekannt) Strafen, die nicht wider eine individuell bezeichnete Person, sondern wider die periodische Druckschrift als solche gerichtet sind.

Es gehören hierher teilweise die für alle Druckschriften geltenden Strafen: *a)* Verbot der Verbreitung einer Druckschrift, wenn ausgesprochen worden ist, daß ihr Inhalt Merkmale einer strafbaren Handlung an sich trägt (§ 36); *b)* Vernichtung der für strafbar erklärten Druckschrift, beziehungsweise Zerstörung der zu deren Vervielfältigung geeigneten Zurichtung des Satzes, der Platten, Formen, Steine u. dgl. (§ 37). Diese Strafen (*a*, *b*) berühren bei einer nicht periodischen Druckschrift den Herausgeber (materiell) und Verfasser (moralisch), bei einer periodischen Druckschrift die Unternehmung als solche, die Zeitschrift als ein selbständiges Wesen, als ein selbständiges Subjekt von Rechten.

Neben diesen Strafen kennt (beziehungsweise hat gekannt) die Preßgesetzgebung auch Strafen speziell wider eine periodische Druckschrift; ihr Objekt ist ihr Dasein, ihr Vermögen oder ihre Ehre.

1. Strafe der Daseinsverkürzung einer Zeitschrift.

Die Einstellung des weiteren Erscheinens hat den Charakter einer Strafe dort, wo sie durch das Strafgericht als eine Nebenfolge der Verurteilung für eine durch den Inhalt einer Zeitschrift begangene strafbare Handlung ausgesprochen wird. (Es ist wohl zu unterscheiden von dem Mittel der administrativen Einstellung mit dem teils präventiven, teils repressiven Zwecke bei erfolgloser vorheriger Mahnung. Vgl. das jetzt in Rußland in Anwendung stehende System.) Den Charakter einer Strafe hat die Einstellung der Herausgabe einer periodischen Druckschrift nach § 38 P. G. (aufgehoben durch Art. 4 der Novelle vom 15. Oktober 1868 R. 142) an sich getragen.[1])

Den Charakter einer objektiven Strafe hat diese Einstellung desto mehr gehabt, da man sie nicht nur bei Gelegenheit einer subjektiven Verurteilung als Nebenstrafe verhängt hat, sondern auch nach stetiger auf der Lienbacherschen Ansicht beruhenden Praxis ohne Rücksicht auf subjektive Schuld im Wege vollkommen objektiver Strafurteile auszusprechen pflegte.[2])

2. Strafe an dem Vermögen einer periodischen Druckschrift (Kautionsverfall). Die mit der Novelle vom 9. Juli 1894 (R. 161) aufgehobene Kautionspflicht hat die Existenzbedingung einer Kategorie von periodischen Druckschriften gebildet. (Vgl. oben.) Zu ihrem Erlage war zwar der Herausgeber verpflichtet (§ 13), wer sie jedoch faktisch gestellt hatte, war gleichgiltig.[3]) Die Kaution bildete, solange die periodische Druckschrift bestand, deren Eigentum und diente zur Deckung aller mit dem Straf-

---

[1]) „Auf die Einstellung des weiteren Erscheinens einer periodischen Druckschrift, und zwar bis auf die Dauer von drei Monaten, kann das Gericht nur über besonderen Antrag des Staatsanwaltes dann erkennen, wenn durch den Inhalt derselben ein mit mehr als fünfjähriger Kerkerstrafe bedrohtes Verbrechen oder innerhalb der Frist eines Jahres entweder zweimal ein geringer bestraftes Verbrechen oder Vergehen oder dreimal ein Vergehen begründet wurde."

[2]) Vgl. Wahlberg, Ges. Schriften, I, 168.

[3]) Liszt, Pr. R. 199. Lienbacher, II, 37.

urteile aus Anlaß der Herausgabe der Zeitschrift ausgesprochenen Geldstrafen und Kosten des Strafverfahrens.

Auch in den Fällen, in denen der Redakteur wegen des Inhaltes einer periodischen Druckschrift nur der Vernachlässigung der pflichtmäßigen Obsorge schuldig gesprochen wurde, mußte das Gericht den Verfall der Kaution aussprechen. (Vgl. § 35 P. G., aufgehoben durch die Novelle vom 9. Juli 1894 R. 161.)

Angesichts der Tatsache, daß im Falle der Verminderung der Kaution die Zeitschrift nach Ablauf von acht Tagen das Recht des weiteren Erscheinens verlor, war die Strafe des Kautionsverfalles indirekt wider die Existenz der Zeitschrift gerichtet.

3. Strafe an der Ehre der Zeitschrift.

Die Ehre (der gute Leumund) ist ein in der Regel an physische Personen gebundener Begriff, der sich jedoch auf Zeitschriften sowohl in der Bedeutung einer den ethischen Prinzipien Rechnung tragenden Handlungsweise (vgl. Verachtung gegenüber den Revolverblättern) wie auch vom Standpunkte des Strafgesetzes anwenden läßt.

Einen guten Namen hat von diesem letzteren Standpunkte aus eine nicht bestrafte Person (vgl. die in der Praxis übliche Interpretation des § 46*b* und des § 264*b* Str. G.), eine strafgerichtliche Verurteilung vermindert die Achtung, welche wir für dieselbe haben, oder soll sie wenigstens vermindern; wenn eine Verurteilung Helden und Märtyrer schafft, haben wir es offenbar mit pathologischen Verhältnissen zu tun.

Die Strafe der Veröffentlichung eines strafgerichtlichen, aus Anlaß einer durch eine Druckschrift begangenen Straftat erlassenen Urteiles oder Erkenntnisses (sowohl im Falle eines subjektiven wie auch objektiven Verfahrens)[1]) in dem nächsten Blatte oder Hefte dieser Druckschrift, und zwar auf der ersten Seite, ist zweifelsohne eine die Zeitschrift brandmarkende Strafe an der Ehre.

Diese Strafe ist im § 20 Abs. 2 P. G. enthalten.[2])[3])

---

[1]) Vgl. Liszt, Pr. R. 293. Die Praxis pflichtet dieser Ansicht bei.

[2]) Selbstverständlich findet hier die Vorschrift des § 39 (in der Praxis mit dem § 20 Abs. 2 so oft verwechselt) keine Anwendung, weil dieser keine Strafe wider die Zeitschrift, sondern ausschließlich eine wider eine individuell bezeichnete Person gerichtete Strafe enthält.

[3]) Es steht dies in keinem Widerspruche mit den Ausführungen Lorenz' (G. Z. 19 ex 1902. Kann eine Zeitung Objekt der Ehrenbeleidigung

Neben den Strafmitteln kennt das Preßgesetz auch Exekutionsmittel bezüglich der Zeitschriften. Exekutionsobjekte sind, beziehungsweise waren: *a)* Das Vermögen; *b)* die Existenz der periodischen Druckschrift. Das Vermögen der Zeitschrift — die Kaution — war ein Exekutionsobjekt bezüglich der Geldstrafen und Kosten des Strafverfahrens, die aus Anlaß der Herausgabe der Zeitschrift ausgesprochen wurden — bis zur Novelle vom Jahre 1894 (vgl. oben).

Die Existenz der Zeitschrift ist ein Exekutionsobjekt insoweit, als die Herausgabe der Zeitschrift eingestellt werden kann.

A. Der heutige Zustand.

a) Die Sicherheitsbehörde soll die Herausgabe einer periodischen Druckschrift einstellen, *α)* wenn sie vor Ablauf von acht Tagen seit der geschehenen Anzeige begonnen oder wenn man binnen drei Tagen eine während der Herausgabe eingetretene Veränderung bezüglich der im § 10 vorgesehenen Angaben bei der Behörde nicht gemeldet hat (§ 11, Abs. 1 und 3 Pr. G.): *β)* im Falle der Nichtzahlung einer Geldstrafe oder der Kosten des Strafverfahrens trotz eines rechtskräftigen Erkenntnisses, womit jemand aus Anlaß der Herausgabe einer periodischen Druckschrift verurteilt worden ist (§ 1, Novelle vom Jahre 1894). In diesem Falle schreitet die Sicherheitsbehörde über Antrag des Staatsanwaltes ein.

b) Das Strafgericht (§ 11) stellt das Erscheinen einer Druckschrift ein: *α)* bei Einleitung oder im Verlaufe der Untersuchung (Untersuchungsrichter) im Falle, wenn die Anzeige der Unternehmung oder ihrer Veränderung falsche Angaben enthielt oder ein gesetzlich Unfähiger (§ 12, Abs. 2) als Redakteur namhaft gemacht wurde; *β)* wenn der verantwortliche Redakteur sich grundlos weigert, einen in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 19

---

sein?) Es ist zwar in der österreichischen positiven Strafgesetzgebung die Zeitung als Objekt der Ehrenbeleidigung nicht anerkannt, weil weder im § 492 Str. G., noch im Art. 5 der Novelle vom 17. Dezember 1862 (R. 1863, 8) unter den dort taxativ aufgezählten Kollektiveinheiten erwähnt, dieser Umstand steht jedoch nicht im Wege, die Ehre der Zeitung als Objekt der Strafe anzuerkennen. Das hängt auch nur von der positiven Gesetzgebung ab. Vielleicht ist diese Regelung der Frage ungerecht und nicht konsequent genug, aber es ist einmal so.

und 20 des Preßgesetzes zur Aufnahme mitgeteilten Aufsatz in der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Zeit abdrucken zu lassen (§ 21).

In allen diesen Fällen dauert die Einstellung der Herausgabe bis zur Erfüllung der Verpflichtung.

B. Vor der Novelle vom Jahre 1894.

Vor der Novelle vom Jahre 1894 konnte außerdem die Sicherheitsbehörde die Herausgabe einer periodischen Druckschrift in folgenden Fällen einstellen: Wenn mit der Herausgabe einer kautionspflichtigen Zeitschrift vor dem Erlage der Kaution begonnen wurde (§ 11, Abs. 1), wenn die durch die Vollziehung eines Strafurteiles verminderte Kaution nicht binnen acht Tagen ergänzt wurde (§ 16, Abs. 1), wenn die Zahlung der Geldstrafe oder der Kosten des Strafverfahrens, zu welchen jemand aus Anlaß der Herausgabe einer nicht kautionspflichtigen Zeitschrift verurteilt worden ist, vor dem Staatsanwalte binnen acht Tagen nicht ausgewiesen wurde (§ 16, Abs. 2).

Daß wir es sowohl im Falle der Strafe wie auch im Falle der Exekution mit einer objektiven Haftung zu tun haben, erhellt noch deutlicher, wenn man in Erwägung zieht, wen diese Strafe oder Exekution trifft.

Betrifft die Einstellung der Herausgabe einer Zeitschrift unmittelbar oder mittelbar (infolge des Kautionsverfalls) nur den Redakteur? Sind dadurch nicht auch andere Funktionäre derselben (sonst vollkommen unschuldig) in ihrer Interessensphäre geschädigt? Ist diese Tatsache für den Drucker gleichgiltig, der die Gelegenheit zum Verdienste verliert, oder für den Herausgeber, der einer Anstellung verlustig wird, oder für den Verleger, der auf größere Einkünfte verzichten muß, oder für den faktischen Eigentümer der Kaution (im Falle ihres Verfalles)?

Nicht anders verhält sich die Sache bei der (mittelbar durch die Kaution oder unmittelbar) an der Existenz der Zeitschrift geführten Exekution. Die Anzahl der Schuldigen ist hier viel größer, die strafbaren Handlungen beschränken sich nicht auf den Inhalt der Zeitschrift, sondern umfassen auch die Verletzung von Ordnungsvorschriften, bei Gelegenheit der Herausgabe begangen.

Wir sehen also, daß für die Schuld eines Organs mittelbar auch andere haften müssen.

So bildet die Existenz einer Zeitschrift das Objekt der Exekution für die Schuld: *α)* des Herausgebers, Verlegers, Redakteurs, Druckers, „soweit ihnen ein Verschulden zur Last fällt", bei den Delikten nach § 11 Pr. G.; *β)* des Druckers bei der Übertretung nach §§ 9 und 17 Pr. G.; *γ)* des Druckers oder Verlegers bei der Übertretung nach § 18 Pr. G.; *δ)* des verantwortlichen Redakteurs bei den strafbaren Handlungen nach §§ 21 und 22 Pr. G. und Art. 3 der Novelle vom 15. Oktober 1868 (R. 142).

Die objektive Haftung der Kaution ist vom Gesetze selbst deutlich ausgesprochen worden, indem es betonte, daß es gleichgiltig ist, ob der Erleger der Kaution schuldig ist oder nicht („auch dann, wenn der Erleger der Kaution für seine Person nicht strafbar befunden wurde").

Nach den Novellen vom Jahre 1868 und 1894 ist die objektive Haftung der Zeitschrift auf die Strafen: *a)* der auch andere Druckschriften treffenden Beschlagnahme und Zerstörung und *b)* der Urteilsveröffentlichung und auf das Exekutionsmittel der Einstellung der Herausgabe beschränkt worden; sie hat trotzdem noch immer eine große Bedeutung, wenn es sich um die Beurteilung der Stellung des Preßgesetzes handelt, den als subjektiv schuldig erkannten Personen gegenüber.

Die Strafen als Nebenstrafen bieten keine Konstruktionsschwierigkeiten, dafür ist das Verhältnis des Exekutionsmittels der Einstellung des Erscheinens zu den Geldstrafen sehr interessant.

Die objektive Haftung einer Zeitschrift ist mit der Erweiterung der Verantwortlichkeit des Schuldigen auf eine Reihe anderer (als schuldig nicht erkannten oder an der Schuld überhaupt keinen Anteil nehmenden) Personen identisch.

Das Gesetz trifft mit der Strafe diese ganze Reihe von Personen.[1])

---

[1]) Sehr richtig sagt Glaser, klein. Schriften II, 50. „Dennoch treffen sie (Kautionsverfall und Einstellung) empfindlich genug, um alle an dem Unternehmen Beteiligten zu bestimmen, die äußerste Sorgfalt aufzuwenden, um die Wiederkehr derselben zu vermeiden." Ähnlich Lienbacher, Das österr. Pr. G., I, 110. Der Kautionsverfall vermag auch den eigentlichen Strafzweck Buße und Besserung zu erreichen, indem er durch das Vermögenssubjekt, das er zunächst trifft, sehr kräftig auf jene zu wirken vermag, welche auf den geistigen Inhalt der periodischen Druckschrift maßgebenden Einfluß üben. (Vgl. auch Lienbacher, Preßfreiheit, 64, 71.)

Der Schuldige kann durch die Geldstrafe auf zweifache Art getroffen worden sein: 1. entweder unmittelbar, indem er sie bezahlt, oder 2. mittelbar, *a)* wenn die Zeitschrift sie bezahlt — durch die Verminderung des Vermögens der Zeitschrift, also ihrer Existenzbedingung, — *b)* wenn die Zeitschrift sie nicht bezahlt — durch deren Einstellung (Verlust der weiteren Existenz).

Die subsidiäre objektive Haftung einer Zeitschrift bildet nicht die Ausschließung der subjektiven Verantwortlichkeit, sie ist nur ihre Erweiterung in der Richtung der Kollektivverantwortlichkeit. Das Individuum geht nicht der Strafe aus dem Wege, sondern verursacht die Bestrafung anderer neben sich.

Durch die Bildung eines neuen Exekutionsmittels der Einstellung der Herausgabe einer Zeitschrift wird die Anwendung anderer Exekutionsmittel, also auch der Exekution an dem Vermögen des Verurteilten nicht ausgeschlossen. Selbst zur Zeit der Kautionsverpflichtung war diese zulässig: Hatte die Zeitschrift eine Kaution, so wurde die Geldstrafe vor allem aus der Kaution eingebracht, reichte die Kaution zur Deckung derselben nicht aus, konnte man zwar auf das Vermögen der bei der Zeitschrift beschäftigten und schuldig nicht erkannten Personen[1]) die Exekution nicht führen (die Kollektivverantwortlichkeit auf mittelbare Folgen der Einstellung beschränkt), aber immer war es möglich, aus dem Vermögen des Schuldigen die Geldstrafe zu bestreiten.[2]) Dasselbe ist bei den kautionsfreien Zeitschriften der Fall.

Das Preßgesetz kennt Fälle, in welchen ihm daran gelegen ist, den subjektiv Schuldigen unbedingt und unmittelbar

---

[1]) Vgl. Liszt, Pr. R., 285. Da der Kautionsverfall eine lediglich objektive an die bestellte Kautionssumme gebundene Strafe ist, darf unter keinen Umständen zur Vollstreckung des Erkenntnisses über die effektiv vorhandene Kautionssumme hinausgegriffen werden auf das freie Vermögen des Herausgebers oder Eigentümers des Blattes oder irgend einer dritten Person, selbst dann nicht, wenn durch die hintereinander ergehenden Erkenntnisse die bestellte Summe überschritten werden sollte.

[2]) Nur wenn die Kaution zur Deckung nicht hinreichen sollte, würde für den Rest der persönlich Verurteilte zur Leistung herangezogen werden können (Liszt, Pr. R., 203). Der Fall des Mangels an Deckung für spätere Geldstrafen bei kautionspflichtigen Zeitschriften war eine große Seltenheit. (Wahlberg, Ges. Schriften, I, 174.)

zu treffen. In diesen Fällen schreibt das Gesetz neben der Geldstrafe den Arrest vor.

Hat der Drucker den Druckort, den Namen (die Firma) des Druckers und die des Verlegers (beziehungsweise Herausgebers) nicht angegeben — so begeht er eine mit einer Geldstrafe von 20 bis 200 fl. geahndete Übertretung; waren jedoch diese Angaben wissentlich falsch, so bilden sie ein Vergehen, das an jedem Schuldtragenden mit der erwähnten Geldstrafe und überdies mit Arrest von einer Woche bis zu einem Monate zu bestrafen ist (§ 9).

Hat man die Herausgabe einer Zeitschrift vor Ablauf von acht Tagen seit der bei der Behörde geschehenen Anzeige begonnen (§ 10) oder hat man über die bezüglich der im § 10 aufgezählten Einzelheiten eingetretene Veränderung binnen drei Tagen die Anzeige an kompetente Behörden nicht gemacht, so wird diese Übertretung mit einer Geldstrafe von 50 bis 200 fl. geahndet. Enthielt die Anzeige (vor oder während der Herausgabe) falsche Angaben oder wurde ein gesetzlich Unfähiger als Redakteur genannt — so ist dieses Vergehen mit Geldstrafe von 50 bis 500 fl., verbunden mit Arrest von einer Woche bis zu einem Monate zu bestrafen (§ 11).

Das Gesetz wollte in diesem qualifizierten Falle den Schuldigen persönlich und unmittelbar neben der Zeitschrift treffen.[1])

§ 4. Kollision der Grundsätze.

Wie wir oben [§ 1] hervorgehoben haben, bildet die eventuelle Umwandlung der Geldstrafe in eine Arreststrafe einen Grundsatz der österreichischen Strafgesetzgebung.

Ein Grundsatz der österreichischen Preßgesetzgebung ist wiederum die objektive Haftung der periodischen Druckschriften, die bei Geldstrafen in der Form des Exekutionsmittels der Einstellung der Herausgabe zur Geltung kommt.

---

[1]) Die Novelle vom Jahre 1868 (Art. 3) kennt solche Differenzierung nicht, sondern schreibt im leichteren Falle nur eine Geldstrafe, im qualifizierten Falle dagegen Arrest ohne Geldstrafe vor. Es ist nicht zu vergessen, daß Art. 3 sowie der aufgehobene § 33 sich nicht ausschließlich mit periodischen, sondern überhaupt mit allen Druckschriften befaßt. Infolgedessen fehlt die Kumulation der Geldstrafe mit der Arreststrafe im qualifizierten Falle.

Lassen sich diese Grundsätze nebeneinander anwenden? Unseres Erachtens — nicht!

Als Zweck eines Exekutionsmittels ist immer die Erzwingung einer gewissen, bestimmten Leistung zu betrachten. Die Einstellung der Herausgabe bezweckt die Erzwingung der Zahlung einer Geldstrafe und nur der Geldstrafe. Das Gesetz verlangt also eine freiwillige oder erzwungene Vermögensleistung, die Einstellung soll so lange dauern, bis die Zahlung ausgewiesen wird.[1])

Ist die Geldstrafe als bezahlt, die Zahlung als ausgewiesen zu betrachten, wenn der Schuldige die Arreststrafe verbüßt hat?

Ist im Falle, daß der Schuldige die Arreststrafe abgebüßt hat (eine die Zahlung der Geldstrafe stellvertretende Arreststrafe),

[1]) Der Kassationshof gibt in seiner Plenar-E. vom 12. Februar 1901, Z. 1810 (S. 2566) einer mindestens sehr subjektiven Interpretation des Gesetzes Ausdruck, indem er mit der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe die Einstellung der Herausgabe aufhören läßt: „(die Einstellung) ist ein Exekutionsmittel, welches unmittelbar gegen das Zeitungsunternehmen und erst mittelbar gegen den Verurteilten gekehrt, dem richterlichen Strafurteile in bezug auf Erlag der Geldstrafe respektive der Strafkosten Gehorsam verschaffen, erzwingen soll; offenbar nur dort, wo eine Zahlung überhaupt möglich ist, weshalb es auch außer Wirksamkeit treten wird, wenn der Beweis der Uneinbringlichkeit des Geldbetrages erbracht wird." Mit einem Worte interpretiert der Kassationshof den § 1 der Novelle auf solche Weise, als ob nach den Worten „bis die Zahlung" auch Worte „oder Uneinbringlichkeit derselben (Geldstrafe, Kostenersatz) ausgewiesen wird" folgten. Leider fehlen im § 1 diese fünf Worte! Einen Beweis dafür, daß das Gesetz unter „Zahlung" nicht auch „Uneinbringlichkeit" verstanden hat, liefert derselbe § 1, welcher die Einstellung der Zeitschrift vorschreibt, wenn „die Zahlung dieser Beträge nicht binnen acht Tagen nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses bei dem Staatsanwalte ausgewiesen (wird)". Binnen acht Tagen läßt sich ausweisen, daß die Zahlung stattgefunden hat, aber in der Regel ist dieser Zeitabschnitt zu kurz, um die Uneinbringlichkeit durch entsprechende Organe festzustellen. Daß man dieses Exekutionsmittel nur auf diese Weise verstehen darf, vgl. Kritische Bemerkungen (Friedmanns Vorschläge zur Umgestaltung des österr. Preßg. 1889): „Sie (die Gesetzgebung) soll es daher nicht begünstigen, daß ein gegen eine bestimmte Person zu verhängender, von deren Verschulden abhängiger und nach dessen Grad abzustufender Strafbetrag von anderen getragen werde. Sie soll nicht selbst diesen anderen dadurch, daß sie dieselben mit Nachteilen — mit Einstellung ihres journalistischen Betriebes — bedroht, nahe legen, die Strafe auf sich zu nehmen.

die weitere Exekution zum Zwecke der Einbringung der Geldstrafe mit dem Grundsatze „ne bis in idem" zu vereinen?

Kann man die Geldstrafe in eine Arreststrafe dort umwandeln, wo die Verbüßung der letzteren die erste nicht tilgt?

Alle diese Fragen sind zu verneinen.

Würde der Arrest den Charakter eines Exekutionsmittels an sich tragen, so wie er ihn in der französischen Gesetzgebung hat (contrainte par corps), so könnte die in der Form des Arrestes an der Person des Schuldigen geführte Exekution neben der an beweglichen und unbeweglichen Gütern des Exekuten weiterbestehen. Im Falle der Zahlung der Geldstrafe würden beide aufhören.

Der Arrest aus Anlaß der Nichtzahlung einer Geldstrafe ist jedoch kein Exekutionsmittel, sondern eine Strafe; infolgedessen käme es, wenn wir den Arrest als zulässig anerkännten, dazu, daß eine Exekution zur Deckung einer Geldstrafe geführt wird, welche schon in eine Arreststrafe umgewandelt und als solche abgebüßt worden ist.

§ 5. Eventuelle Einwendungen.

Wir erwarten gegen unsere Lösung der obigen Frage folgende Einwendungen:

A. Diese Lösung ist der nicht periodischen Presse gegenüber nicht gerecht, da sie nur für die periodische Presse die Ausnahme von einer allgemein geltenden Regel kennt.

Das ist der Einwand des Kassationshofes.[1])

B. Diese Lösung zieht im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe Straflosigkeit nach sich.

C. Würde auch diese Lösung dem Geiste des Preßgesetzes entsprechen, so könnte man doch mit ihr angesichts der Möglichkeit der Umgehung der in der Einstellung bestehenden Strafsanktion aus Opportunitätsrücksichten nicht einverstanden sein, da ja nichts

[1]) Übrigens ist auch nicht abzusehen, weshalb für den letzteren Fall von der Strafensubstitution Umgang zu nehmen wäre, und zwar gerade nur der periodischen Presse gegenüber, während die nicht periodische Presse, beziehungsweise die für dieselbe verantwortlichen Personen der allgemeinen, unter Umständen strengeren Gesetzesbestimmung verfallen wären. (Plenar-E. vom 12. Februar 1901, Z. 1810, S. 2566.)

leichter ist, als mit einer unbedeutenden Veränderung des Titels dieselbe Zeitschrift weiter herauszugeben.

Ad *A*. Den Einwand der Ungerechtigkeit könnte man nur dann geltend machen, wenn es sich um eine Frage de lege ferenda handelte, nicht aber de lege lata. Sowie zu Zeiten der Kaution die Zeitschrift zum Kautionsverfall für eine Annonce verurteilt werden konnte, die in einem von der Redaktion nicht herrührenden Teile veröffentlicht worden ist und v. Liszt vollkommen richtig das Adagium: lex dura sed ita scripta hier anwendet, so können wir auch in unserem Falle die Konsequenzen der gesetzlichen Vorschriften bedauern, nicht aber den logischen Folgerungen Ungerechtigkeit vorwerfen.

Ist aber sonst die Einstellung der Herausgabe einer periodischen Druckschrift aus Anlaß der Nichtbezahlung einer Geldstrafe von seiten eines ihrer Funktionäre ein Privilegium, so ist es gewiß ein privilegium odiosum. Sie bildet ein Analogon des Kautionsverfalles, der gewiß kein besonderes Vorrecht gewisser Zeitschriften darstellte.[1])

Der Unterschied in der Behandlung der periodischen und nicht periodischen Druckschriften ist eine Folge ihres Charakters: nur bei der ersteren läßt sich eine selbständige geistige Existenz konstruieren, die im Programm ausgesprochen und im Titel ausgedrückt ist, ein selbständiges Subjekt der Rechte.[2]) Wenn manche Zeitschriften (z. B. Quartalschriften), obgleich sie faktisch eine gewisse Kontinuität aufweisen, trotzdem dem Begriffe einer perio-

---

[1]) Unleugbar ist der Kautionsverfall eine unvollkommene Strafart, da sie nur die Herausgeber jener periodischen Druckschriften trifft, für welche die Kaution erlegt wurde, obgleich andere periodische und selbst nicht periodische Druckschriften durch ihren Inhalt dem Gemeinwesen viel gefährlicher und verderblicher werden können. (Lienbacher, Das österr. Pr. G. G. 176.)

[2]) Vgl. sehr zutreffende Ausführungen des Kassationshofes (Plenar-E. vom 3. Mai 1898, Z. 6281, S. 2234): Wenngleich das Preßgesetz den Begriff der periodischen Druckschrift nicht definiert, sondern für denselben nur zwei negative — gewissermaßen mechanische — Merkmale im § 7 hinstellt, so ist doch aus der Zusammenfassung der einzelnen Blätter oder Nummern als eine „periodische Druckschrift" durch die hiermit betonte Einheit des Unternehmens, sowie durch die insbesondere im § 10, Z. 1, gegebenen Andeutungen das weitere positive Kriterium zu entnehmen, nämlich einer gewissen nicht nur äußeren, sondern auch inhaltlichen Kontinuität und Konnexität, durch welche die unabgeschlossene stetige Reihe der Mitteilungen wechselnden Inhalts aneinander geknüpft wird.

dischen Druckschrift nicht entsprechen, — so liegt die Schuld an der gesetzlichen Definition (§ 7), die Existenz einer Quartalschrift wird vom Gesetze nicht anerkannt, es sind für dasselbe nur einzelne Hefte als selbständige Erzeugnisse der Presse vorhanden.

Jedenfalls ist als Grundgedanke des Gesetzes die Differenzierung zwischen periodischen und nicht periodischen Druckschriften anzusehen.

Ad *B*. Der Einwand, daß die obige Lösung die Straflosigkeit einer strafbaren Handlung herbeiführt, ist nicht begründet. Es ist wahr, daß im Falle der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe der Schuldige (z. B. der verantwortliche Redakteur) insoferne straflos ausgehen kann, daß er die Geldstrafe nicht zahlen und die Arreststrafe nicht abbüßen wird, diese Straflosigkeit jedoch ist 1. illusorisch, 2. bezieht sich auf unmittelbare, subjektive Haftung. Ad 1. Illusorisch ist diese Straflosigkeit deswegen, weil die Einstellung einer periodischen Druckschrift nicht nur das Unternehmen selbst, also den Eigentümer selbst, sondern auch alle bei demselben beschäftigten Funktionäre (in erster Linie den verantwortlichen Redakteur) trifft, die der Anstellung verlustig werden. Wenn es sich um den kriminalpolitischen Gesichtspunkt oder um Vergeltung (malum passionis quod infligitur propter malum actionis) handelt, so enthält die Einstellung der Zeitschrift das Element der Unannehmlichkeit im hohen Grade sowohl für den Schuldigen wie auch für andere interessierte Personen. Ad 2. Das Preßgesetz huldigt ganz offenbar dem Grundsatze der objektiven Haftung und sieht voraus, daß die Geldstrafe von jemand anderem als vom Schuldigen entrichtet wird (vgl. die allgemeine Ausdrucksweise: „bis die Zahlung ausgewiesen wird" oder wie zu Zeiten der Kautionspflicht: „bis die Ergänzung ausgewiesen wird"). Eine Grenze in dieser Hinsicht bildet nur der § 310 Str. G., der die Sammlungen oder Subskriptionen behufs der Deckung oder Ersatzleistung für Kautionsverfall, Geldstrafen und das im Wege öffentlicher Verlautbarung (durch Maueranschläge, öffentliche Reden oder Vorträge u. dgl., § 308 Str. G.) verbietet. Das Gesetz bezweckt die Konzentration der Verantwortlichkeit auf die Zeitschrift und ihre Funktionäre gewissermaßen als Kollektivverantwortlichkeit.

Die Zeitschrift wird also jedenfalls getroffen und, obgleich die Einstellung sich rechtlich als Exekutionsmittel und nicht

als Strafe darstellt, so wird trotzdem dem Postulat der Gerechtigkeit im Sinne der Vergeltung mittelbar entsprochen.

Ad *C*. Der Einwand der Unpraktikabilität ist nicht zutreffend, denn das Gesetz enthält für den Fall des Erscheinens einer eingestellten Zeitschrift unter einem neuen Titel eine ausdrückliche Vorschrift und eine entsprechende Strafe (§ 25 P. G.). Entweder hat diese Vorschrift Existenzberechtigung und läßt sich praktisch anwenden, dann läßt sie sich auch in unserem Falle anwenden,[1]) oder sie ist nicht anwendbar, dann wäre die Institution der „Einstellung der Herausgabe" überhaupt aufzuheben.

§ 6. Andere Lösungen der Frage.

Sehen wir jetzt andere mögliche Lösungen unserer Frage an. Es gibt ihrer noch zwei.

1. Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist diese in Arreststrafe umzuwandeln, bei gleichzeitiger Einstellung der Zeitschrift.

2. Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist diese in Arreststrafe umzuwandeln und nach ihrer Abbüßung die Zeitschrift von der Einstellung zu befreien.

Die erste Lösung widerspricht offenbar dem Geiste des Gesetzes, obgleich nicht ihrem Wortlaute. Das Preßgesetz (Novelle vom Jahre 1894, § 1) schreibt die Einstellung vor, „bis die Zahlung ausgewiesen wird", gleichzeitig finden wir in der Strafprozeßordnung (§§ 266, 409) die Vorschrift der Umwandlung der uneinbringlichen Geldstrafe in eine Arreststrafe.

Auf diese Weise kommen wir, wenn die Geldstrafe binnen acht Tagen nicht bezahlt und ihre Uneinbringlichkeit ausgewiesen wird, zu zwei Strafen. Der Verurteilte wird die Arreststrafe abbüßen, die Zeitschrift dagegen, um Aufhebung der Einstellung zu erlangen, die Geldstrafe entrichten.

Geschieht das nicht dem Grundsatze ne bis in idem zuwider?

3. Der Kassationshof hat offenbar gefühlt, daß eine solche Lösung zu monströsen Konsequenzen führt, deswegen hat er einen

---

[1]) In allen Fällen, in denen die Herausgabe einer periodischen Druckschrift eingestellt wurde, begründet die unbefugte Fortsetzung ihrer Herausgabe ein Vergehen. — Vgl. Liszt, Pr. R., 330; Lienbacher, II, 55 sq.

anderen Grundsatz ausgesprochen: Die Einstellung einer Zeitschrift bildet ein Exekutionsmittel, dessen Zweck die Erzwingung des Gehorsams dem Strafurteile gegenüber bezüglich der Zahlung der Geldstrafe, beziehungsweise der Kosten ist, infolgedessen soll es seine Geltung verlieren, wenn die Uneinbringlichkeit der Geldstrafe festgestellt wird, da in einem solchen Falle die Zahlung nicht infolge des Ungehorsams, sondern der Unmöglichkeit der Zahlung ausbleibt. (Vgl. oben.)

Das ist eine Lösung, die direkt dem Wortlaute des § 1 der Novelle vom Jahre 1894 widerspricht. Die Novelle erwähnt nirgends die Uneinbringlichkeit, sondern spricht nur von der Nichtzahlung binnen acht Tagen, und so wie es vor der Novelle gleichgiltig war, ob der Schuldige ein zur Deckung der Geldstrafe oder der Kosten ausreichendes Vermögen besaß oder nicht, so ist es auch jetzt gleichgiltig. Die Frage der Einbringlichkeit wird vom Gesetze nicht berührt, dieser Ausdruck ist ihm vollkommen fremd.

Wir sehen also, daß von den drei möglichen Lösungen der Frage zwei vollkommen fehlerhaft sind: Die erste, welche die Umwandlung der Geldstrafe in eine Arreststrafe auf den Fall der Uneinbringlichkeit bei gleichzeitiger Einstellung vorschreibt, widerspricht der Maxime: ne bis in idem, weil sie zur Abbüßung von zwei Strafen (Arrest- und Geldstrafe) für eine strafbare Handlung führt, die zweite widerspricht dem Gesetze, nach welchem die Aufhebung der Einstellung nicht von der Frage der Einbringlichkeit der Geldstrafe, sondern von ihrer Zahlung abhängig ist.

§ 7. Folgerungen.

1. Der im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eintretende Arrest bildet nach der österreichischen Strafgesetzgebung eine Strafe und nicht ein Exekutionsmittel.

2. Wo Arrest als Surrogat der Geldstrafe Strafe ist, dort bildet er ihre Deckung, und es ist weitere Deckung nicht zu suchen.

3. Wo das Gesetz unbedingt materielle, pekuniäre Deckung der Geldstrafe vorschreibt und ihre Surrogate nicht berücksichtigt, wo es spezielle Exekutionsmittel zur pekuniären Deckung vorschreibt, wo endlich der Arrest im Falle der Nichtzahlung Strafe und nicht ein Exekutionsmittel ist, dort ist die Arreststrafe im

Falle der Nichtzahlung einer Geldstrafe nicht zulässig, weil sie zu zwei Strafen führt.

4. Wo das Gesetz die Deckung der Geldstrafe aus dem Vermögen einer anderen Person (Zeitschrift) zuläßt und die Exekution in dieser Richtung als zulässig erachtet (vorher an der Kaution, beziehungsweise an der Existenz, gegenwärtig nur an der Existenz der Zeitschrift), dort ist offenbar für das Gesetz nicht von Belang, daß der Schuldige mit der Strafe getroffen werde (obgleich die Exekution an dem Vermögen des Schuldigen als zulässig erachtet). Der Schuldige wird mit der Strafe mittelbar durch Verminderung des Vermögens der Zeitschrift oder durch deren Einstellung getroffen.

5. Die Aufhebung der Einstellung, wenn die Arreststrafe (Surrogat der Geldstrafe) abgebüßt wird, widerspricht der diesbezüglichen ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift.

6. Weitere Dauer der Einstellung der Zeitschrift nach Abbüßung der Arreststrafe widerspricht nicht den gesetzlichen Vorschriften, und entspricht ihnen scheinbar vollkommen, faktisch widerspricht sie dem Geiste des Gesetzes und hat zwei Strafen zur Folge.

Wir kommen zu der folgenden endgiltigen Konklusion: Im Falle, daß einer der Funktionäre einer periodischen Druckschrift für eine strafbare, aus Anlaß der Herausgabe derselben begangene Handlung (also für die Übertretung, beziehungsweise Vergehen nach § 11 Pr. G., Übertretung nach §§ 17, 18, 21, 22, teilweise 24 Pr. G.[1]) und Art. 3, Abs. 1, der Novelle vom Jahre 1868) zu einer Geldstrafe verurteilt wird, darf diese Geldstrafe in eine Arreststrafe nicht umgewandelt werden (§ 266, 409 Str. P. O.), sondern es ist nach Ablauf von acht Tagen von der Rechtskraft des Strafurteiles, bis die wirkliche Zahlung der Geldstrafe bei dem Staatsanwalte ausgewiesen wird, die weitere Herausgabe der periodischen Druckschrift durch die Sicherheitsbehörde einzustellen.

Wir sehen also, daß bei der Kollision der oberwähnten Grundsätze, des allgemeinen: der eventuellen Umwandlung der Geldstrafe

---

[1]) Das Vergehen nach § 25 Pr. G. gehört nicht hierher, weil dasselbe nicht aus Anlaß der Herausgabe, sondern durch die Herausgabe begangen wird. Die periodische Zeitschrift als eventuelles Exekutionsobjekt existiert im Momente der strafbaren Handlung nicht mehr.

in eine Arreststrafe (im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe), und des speziellen: der objektiven Haftung der Zeitschrift für Geldstrafen und Kostenersatz aus Anlaß der Herausgabe derselben, wie immer, die Maxime gilt: lex specialis derogat generali.[1])

Dafür, daß im Geiste des Preßrechtes überhaupt die Einführung einer Kollektivverantwortlichkeit und somit eines besonderen, der modernen Strafgesetzgebung fremden, mit üblichen strafrechtlichen Grundsätzen kollidierenden Prinzips liegt, liefert den besten Beweis der neue Entwurf eines Preßgesetzes (Nr. 1386 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, XVII. Session, 1902).

Zwar wird die Einstellung der Zeitschrift grundsätzlich ausgeschlossen, dafür aber die Kollektivverantwortlichkeit in anderer Weise eingeführt: „Der Herausgeber einer periodischen Druckschrift, durch welche eine strafbare Handlung begangen wird, ist für die Geldstrafen haftbar" (§ 30, Abs. 3) — ein Gegenstück zu dem § 4, nach welchem für alle vom Gerichte verhängten Geldstrafen der Inhaber der Druckerei (eine Gesellschaft, eine Genossenschaft oder ein Verein, wenn dieselben als Inhaber einer Druckerei erscheinen) oder der Verleger „haftet", obgleich eine andere Person „verantwortlich ist" (sonst identisch mit dem § 5 des geltenden Gesetzes). Somit wird der Grundsatz aufgestellt, daß mit der Geldstrafe nicht unbedingt der Schuldige getroffen werden soll, sondern daß vor allem die Geldstrafe eingebracht werden muß. Selbstverständlich wird bei dieser Sachlage das Prinzip der Umwandlung der Geldstrafe in eine Arreststrafe nicht in einem so schroffen Gegensatze zu den preßgesetzlichen Vorschriften stehen wie bisher,

---

[1]) Liszt, Pr. R., 294 ff., hat die Kollision des Grundsatzes der objektiven Haftung mit dem Grundsatze der Umwandlung in der Richtung unserer Frage nicht berücksichtigt. Zwar hat er anerkannt, daß der Kautionsverfall als objektive Strafe gegen keine bestimmte Person verhängt wird und deswegen ist diese Strafe in Arreststrafe nicht umzuwandeln, aber er trägt unserer Frage wahrscheinlich deswegen keine Rechnung, weil sie zu Zeiten der Kaution nicht aktuell war. Auf diese Weise erklärt sich der allgemeine Satz: „Auch Umwandlung der uneinbringlich gewordenen Geldstrafe in eine Arreststrafe hat nach den Regeln des allgemeinen Strafrechtes, speziell nach den Anordnungen der Verordnung vom 11. Februar 1855 (R. 30) stattzufinden." (Vollkommen zutreffend, insoferne es sich um die nicht periodische Presse handelt.)

denn es kann eventuell eine die Geldstrafe vertretende Arreststrafe stattfinden (der Herausgeber ist zahlungsunfähig, die Geldstrafe ist trotz seiner Haftung uneinbringlich). Trotzdem ist ein selbständiges, für die Presse geltendes Prinzip einer Kollektivverantwortlichkeit ziemlich klar aufgestellt.

„Bei periodischen Druckschriften macht der Entwurf den Herausgeber für jene Geldstrafen haftbar, die gegen den Verfasser oder eine preßrechtlich verantwortliche Person wegen einer durch die Druckschrift begangenen strafbaren Handlung verhängt werden (§ 30, letzter Absatz). Diese Haftbarkeit soll an Stelle der im § 1 des Gesetzes vom 9. Juli 1894 enthaltenen Androhung der Einstellung treten, die ihrerseits als Ersatz für die Kautionshaftung geschaffen worden war. Die vorerwähnte Haftung des Herausgebers für alle Geldstrafen steht im Zusammenhange mit dem Verzichte auf jede Art der Einstellung periodischer Druckschriften und stellt sich nach dem Entwurfe als das einzige Mittel dar, einer Umgehung des Gesetzes und einer Mißachtung richterlicher Urteile entgegen zu treten." (Motive zur Regierungsvorlage S. 29.)

Ich glaube kaum, daß eine mehr vernichtende Kritik an dem Standpunkte des Kassationshofes geübt werden konnte als diese retrospektive Beleuchtung der österreichischen Preßgesetzgebung seitens des modernen Gesetzgebers.

Zuerst hat für Geldstrafen die Kaution (beziehungsweise die Existenz) der Zeitschrift gehaftet, heute haftet die Existenz der Zeitschrift allein, nach dem Entwurfe wird das Vermögen des Herausgebers haften.

---

2. Randbemerkungen zum Entwurfe eines neuen Preßgesetzes.

Wenn wir ein Gesetz oder einen Gesetzentwurf kritisch zu beurteilen haben, so ist es von zwei Standpunkten aus möglich: wir fragen erstens, was hat das Gesetz, beziehungsweise der Entwurf bezweckt, und zweitens, hat das Gesetz, beziehungsweise der Entwurf seinen Zwecken und Tendenzen Rechnung getragen? Was ein Gesetz bezweckt, das ist eine Frage, welche meistenteils vom politischen oder ökonomischen Gesichtspunkte ins Auge zu fassen ist, z. B. wenn ein Gesetz erscheint, das die Sklaverei aufhebt, so bilden seine Motive, seine Gründe: die theoretische Gleichheit der Menschen und das Postulat gleicher Bedingungen des sozialen Fortkommens — ein erwünschtes Material für eine soziologische oder ökonomische (Verlust einer billigen Arbeitskraft) Diskussion, nicht aber für juristische Erörterungen.

Anders dort, wo es sich nicht um den Zweck des Gesetzes handelt, sondern um Mittel zu dem Zwecke, um technische Durchführung des Zweckes, um gesetzgeberische Technik, kurz dort, wo wir den Zweck, als außer Diskussion stehend, annehmen und nur die Frage berühren, ob die Art und Weise, auf welche das Gesetz seinen Zweck realisiert, technisch gut, praktisch und zweckentsprechend ist.

Bei einem Preßgesetzentwurf kann man eher als wo anders zwei separate Wege betreten: wenn wir über die Notwendigkeit einer größeren oder kleineren Freiheit der Presse disputieren, befinden wir uns sofort in der Hitze eines politischen Streites, dafür aber kann man bei verschiedenen politischen Ansichten eine rein objektive juristische Diskussion durchführen, wenn man die Tendenzen des Gesetzes als eine logische Voraussetzung annimmt

und erst die Technik des Gesetzes als die These. Nicht immer entspricht die These der Voraussetzung.

Wenn wir das praktische Terrain des Gesetzentwurfes betreten, müssen wir uns darauf beschränken, festzustellen, was das Gesetz bezweckt hat, dagegen die Frage außer Acht lassen, ob die Reife der Gesellschaft seinen Zwecken entspricht und ob der Gesetzgeber nicht irrt, wenn er die Nützlichkeit dieser Zwecke ausspricht und anerkennt.

Die Frage, was der Preßgesetzentwurf bezweckt, beantworten uns teils die Vorschriften des Entwurfes selbst, aus welchen die ganz unzweideutige Tendenz desselben heraussieht, teils dessen Begründung in den Motiven der Regierungsvorlage.

Es lassen sich diese Zwecke in zwei prinzipiellen Gedanken zusammenfassen: 1. in das Prinzip der Freiheit der Presse mit Bezug auf die Verbreitung ihrer Erzeugnisse und 2. in das einer starken Repression der durch den Inhalt einer Druckschrift begangenen strafbaren Handlungen.

Ad 1. Einen Beweis dafür liefern: der Wortlaut des § 1, Abs. 1: „Die Presse ist innerhalb der gesetzlichen Schranken frei", die Einschränkung der vorläufigen (polizeilichen) Beschlagnahme, die Aufhebung des Verbotes der Weiterverbreitung, die Einführung der freien Kolportage, der Wortlaut der Motive, wie z. B. „ein unerläßlicher Bestandteil der Freiheit der Presse ist . . .", usw.

Ad 2. Einen Beweis dafür liefern: die Einführung einer Reihe von neuen strafbaren, durch den Inhalt einer Druckschrift begangenen Handlungen, teilweise auch die Motive, welche „die Gefährdung öffentlicher oder privater Interessen" erwähnen und von der persönlichen Verantwortlichkeit der Journalisten als von dem Gegengewichte zu den ihnen zugestandenen Freiheiten sprechen.

Indem wir diese zwei Grundgedanken als Voraussetzung annehmen, fragen wir, wie erledigt der Gesetzentwurf die auf sich genommene Aufgabe?

I. Die Freiheit der Presse.

Wir lassen die Bestimmungen bezüglich der polizeilichen Beschlagnahme, des objektiven Verfahrens und des Verbotes der Weiterverbreitung außer Acht, denn eher könnte man in dieser Hinsicht den zu weit gehenden Liberalismus (indem wir die kulturell

zurückgebliebenen Provinzen beachten) zum Vorwurf erheben als das Gegenteil. Dafür ist die These: „Ein unerläßlicher Bestandteil der Freiheit der Presse ist die Unbeschränktheit in der Verbreitung ihrer Erzeugnisse" in der Richtung der Freiheit der Kolportage nicht ganz konsequent durchgeführt.

Es kennt zwar der Entwurf eine freie Kolportage, aber welchen Beschränkungen wird sie unterzogen, wieviel neue strafbare Handlungen bekommen die Gerichte zur Aburteilung?

Über die Notwendigkeit der Beschränkungen bezüglich der verbreitenden Personen, der Zeit und des Ortes der Kolportage läßt sich diskutieren. Ich zweifle jedoch, ob die Strafandrohung für die entsprechenden Vorschriften allgemeine Anerkennung finden wird.

§ 22 des Entwurfes enthält eine auf den ersten Blick unschuldige Bestimmung:

„Wer den Vorschriften der §§ 14 bis 21 dieses Gesetzes zuwiderhandelt, wird wegen Übertretung an Geld mit 10 bis 200 *K* bestraft; in den Fällen der §§ 17 (!), 18 zweiter und dritter Absatz und 21, zweiter Absatz, kann statt auf eine Geldstrafe auf Arrest von einem bis zu acht Tagen erkannt werden."

Die Stilisierung des § 22 kann nicht glücklich genannt werden; infolgedessen, daß er die §§ 14 bis 21 zitiert, sind wir gezwungen, jede Vorschrift, jede Norm, welche in irgend einem Paragraph, also auch im § 17 enthalten ist, als selbständig zu betrachten und ihre Verletzung als selbständige Übertretung zu bestrafen. Infolgedessen erhalten wir bei entsprechender Atomisierung des Tatbestandes gegen (50) fünfzig neue Übertretungen.

Eine Übertretung bildet: 1. der Straßenverkauf der vom Straßenverkauf infolge Verurteilung ausgeschlossenen periodischen Druckschriften (§ 14, I). 2. Der Straßenverkauf der infolge der beigeschlossenen Prämien vom Straßenverkauf ausgeschlossenen periodischen Druckschriften (§ 14, III). 3. Der Straßenverkauf der periodischen Druckschriften ohne behördliche Bewilligung (§ 15). 4. Der Straßenverkauf der nichtperiodischen Druckschriften ohne behördliche Bewiligung (§ 16). 5. Das Nichtvorweisen der Legitimation zum Straßenverkauf der periodischen Druckschriften (§ 15). 6. Das Nichtvorweisen der Legitimation zum Straßenverkauf der nichtperiodischen Druckschriften (§ 16). 7. Straßenverkauf der

periodischen Druckschriften durch Personen unter 18 Jahren (§ 17, I). 8. Durch ekelerregende (§ 17, II. 1), usw., usw. (Den Rest kann sich der Leser selbst aus den weiteren Paragraphen deduzieren.)

Die Anführung des § 17 im § 22 führt uns zu folgenden Konsequenzen: da der § 17 bestimmt: „vom Straßenverkauf ausgeschlossen sind: Geisteskranke", da weiter der § 22 bestimmt: „wer den Vorschriften der §§ 14 bis 21 zuwiderhandelt", da der Geisteskranke, der die Druckschriften verkauft, dem § 17 zuwiderhandelt, ergo: der Geisteskranke (!), der Druckschriften verkauft, begeht eine Übertretung (!) und soll, da dies für die Fälle des § 17 vorgesehen ist, mit Arrest bestraft werden!

Wenn jemand Zeitschriften verkauft, der keine behördliche Bewilligung erhalten hat (§ 15) und dann noch blind oder taub ist (§ 17, II. 2) begeht zwei (!) Übertretungen, welche ideell konkurrieren.

Aber selbst diese in den §§ 14 bis 21 ausgesprochenen Normen sind nicht konsequent durchgeführt; es genügen einige Beispiele, um sich davon zu überzeugen.

Wenn eine mit ansteckender Krankheit behaftete Person Druckschriften auf der Straße verkauft, begeht sie eine (§ 17, II. 1) oder zwei (auch §§ 15 oder 16) Übertretungen, wenn dagegen dieselbe Person dieselbe Druckschrift unentgeltlich verbreitet, so begeht sie keine strafbare Handlung (die Vorschriften des § 17, II, finden auf unentgeltliche Verbreitung keine Anwendung, vgl. § 21, Abs. 2), und jetzt fragen wir nach der ratio legis? Wir glauben, daß der Gesetzgeber die Verbreitung ansteckender Krankheiten verhüten wollte; ist dieser Gefahr etwa vorgebeugt, wenn der Kranke, anstatt zu verkaufen, die Druckschriften unentgeltlich verbreitet?

Eine Frage: Warum ist der unentgeltlich Verbreitende dazu verpflichtet, wenn er die Druckschrift ankündigt, auch den Titel, die Angabe ihrer Meinung oder den Namen des Verfassers und ihres verantwortlichen Redakteurs auszurufen? (vgl. §§ 21, II. 18, V). Bei dem Verkaufe haben wir mit der Möglichkeit eines Irrtumes, eines Geldverlustes, beziehungsweise eines Betruges zu tun, bei unentgeltlicher Verbreitung aber verliert auch derjenige, der die Druckschrift annimmt, nichts, sollte er auch geirrt haben, er kann sich doch der Druckschrift jederzeit entledigen.

Fassen wir jetzt das Verhältnis der Strafsanktion des Preßgesetzentwurfes (§ 22) zu den allgemeinen Prinzipien der österreichischen Strafgesetzgebung ins Auge.

Dem Waffenpatent vom Jahre 1852 gemäß begeht derjenige, der sich gegen die Vorschrift des § 24 mit dem erforderlichen Waffenpasse bei seiner Betretung nicht auszuweisen vermag, ein Delikt, das durch politische Bezirksbehörden mit einer Geldstrafe von einem bis fünf Gulden zu bestrafen ist (§§ 39, 40 W. P.).

Dem Preßgesetzentwurfe gemäß soll derjenige, der bei dem Straßenverkaufe von Druckschriften die Legitimation zum Straßenverkaufe (die er sonst besitzt) auf Verlangen der behördlichen Organe nicht vorzuweisen vermag (§§ 15 und 16), durch Gerichte wegen einer Übertretung mit einer Geldstrafe von 10 bis 200 *K* bestraft werden.

Ist die Kolportage von Druckschriften in so hohem Grade gefährlicher, als das Waffentragen?

Wenn jemand in der Nacht auf der Straße sich lärmend verhält, „wodurch der Anstand verletzt wird", wird er auf Grund der kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854, R. G. Bl. Nr. 96 (§ 11), polizeilich bestraft; der Kolporteur dagegen, der nach 10, beziehungsweise 12 Uhr nachts sein letztes Exemplar verkauft, begeht eine Übertretung und kommt vor Gericht.

Wenn jemand im Theater sich so „polizeiwidrig verhält", daß er „das Vergnügen des Publikums" stört, wird er polizeilich bestraft, der Kolporteur dagegen, der beim Ausrufen die „Meinung der Druckschrift" auszurufen vergißt, kommt vor Gericht.

Wird dies etwa zur Hebung des nötigen Prestige der Gerichte beitragen und wird die Schwächung desselben der Gesellschaft und der öffentlichen Ordnung viel Nutzen bringen?

Steht diese unerhörte Vermehrung von strafbaren Handlungen, die durch Gerichte abzuurteilen sind, im Einklange mit der modernen Tendenz, die Gerichte von den kleineren Übertretungen zu entlasten? Minima non curat praetor ist das Schlagwort, dem wir in Fachzeitschriften und auf strafrechtswissenschaftlichen Kongressen begegnen. Es ist ja schon ein spezieller Ausdruck: „Überspannung der staatlichen Strafgewalt" entstanden (vgl. Frank, Z. f. d. g. Str., Bd. XVIII, S. 733 ff., und neulich Seuffert, Ein neues Strafgesetz-

buch, S. 19 ff.); bei uns, in Österreich, wird diesen so begründeten Forderungen keine Rechnung getragen; wir haben ja schon eine große Anzahl dieser causae miserabiles aus dem II. Teile des Strafgesetzes, wir haben außerdem eine Reihe von Übertretungen aus den strafrechtlichen Nebengesetzen, wir haben endlich das Schlimmste: die Vergehen und Übertretungen aus den Viehpestgesetzen, bei welchen die ganze gerichtliche Organisation in Bewegung gesetzt wird, um zu beurteilen, ob ein Kalb schon 4 Monate alt ist, und um endlich den Angeklagten mit einer Krone Geldbuße zu bestrafen. Der Preßgesetzentwurf belastet die Gerichte mit Übertretungen, welche vom Standpunkte der juristischen Komplikation oder der gesellschaftlichen Gefahr nicht viel höher stehen. Man braucht dazu weder einen Richter, noch einen Berufssenat aus vier im Dienste ergrauten Richtern, um das Urteil zu fällen, ob der Kolporteur, der die Druckschriften während der Nacht oder vor einer Kirche verkauft, oder „von Haus zu Haus vertreibt", schuldig ist.

Als einen grundsätzlichen Fehler des § 22 Preßgesetzentwurf muß ich den Umstand ansehen: 1. daß Vorschriften, welche einen instruktiven (für die Sicherheitsbehörden) Charakter besitzen (Analogie des § 4, Abs. 2 des deutschen Preßgesetzes, vgl. v. Liszt, Reichspreßrecht, S. 51 ff.), in einem Strafparagraph zitiert werden; 2. daß die Kolportageübertretungen überhaupt zur gerichtlichen Aburteilung bestimmt werden.

Jedenfalls ist auch für die Presse weder die Anzahl der Kolportageübertretungen, noch der Umstand gleichgiltig, ob die Kolportageübertretungen gerichtlich oder polizeilich behandelt werden. Die Fassung des Entwurfes muß diesbezüglich entschieden als für die Presse lästig betrachtet werden.

Der Entwurf, welcher so zahlreiche Schwierigkeiten dem Straßenverkaufe entgegenbringt, ist für die unentgeltliche Verteilung besonders liberal, der Inhalt und die Art der unentgeltlich verbreiteten Druckschrift ist für den Entwurf ohne Belang.

Die Form der Kolportage, welche für die Gesellschaft gefährlicher ist, ist immer die unentgeltliche, der Preis einer Druckschrift bildet eine Art von Prohibitivzoll, welcher bedeutend ihre Verbreitung erschwert. Trotzdem favorisiert der Entwurf jene unentgeltliche Form und eine große Anzahl von Beschränkungen, die

für den Straßenverkauf eingeführt sind, bestehen für die unentgeltliche Verbreitung nicht. Wir haben schon oben erwähnt, daß die Vorschriften des § 17, Abs. 2, bezüglich der unentgeltlich verbreitenden Personen keine Geltung haben. Aber dies ist von kleiner Bedeutung; wir haben mit einem wichtigeren Unterschied zu tun, der Straßenverkauf von Druckschriften ist bei der landesfürstlichen Sicherheitsbehörde anzuzeigen und es ist eine Legitimation dazu anzusuchen. Diese Legitimation ist den behördlichen Organen jederzeit vorzuweisen. Zur unentgeltlichen Verteilung ist weder die Anzeige, noch die Legitimation nötig (§ 21, Abs. 1); eine Prämie für den Verleger, der auf die Vergütung der Kosten des Verlages verzichtet, aber eine gefährliche Vorschrift den Agitationsschriften jeder Art gegenüber. Durch Anmeldung der Verkäufer bei der Behörde erhält man eine Evidenz der Kolporteure und es wird dadurch eventuelle polizeiliche Beschlagnahme, wenn die Merkmale der entsprechenden strafbaren Handlung (§ 43) vorliegen, ermöglicht. Dort, wo eine solche Evidenz nicht besteht, wo quisque ex populo die Druckschrift verteilen darf, wenn er nur 18 Jahre alt ist, dort ist es schwer, der Verbreitung entgegenzutreten, mag es auch außer Zweifel stehen, daß die Druckschrift ein Verbrechen oder Vergehen aus § 43 enthält. Es genügt, den Verlag von 100.000 Exemplaren unter 100 Personen zu verteilen, um ihn binnen einigen Stunden unentgeltlich zu verbreiten.

Ich weiß nicht, was den Entwurf zu dieser väterlichen Behandlung der unentgeltlichen Verteilung veranlaßt hat, vielleicht die Erinnerung an den § 23, Abs. 3, des geltenden Preßgesetzes, das bei extensiver Interpretation des Kassationshofes, freie uneingeschränkte Kolportage „für Kundmachungen von rein örtlichem oder gewerblichem Interesse, als: Theaterzettel, Ankündigungen von öffentlichen Lustbarkeiten, von Vermietungen, Verkäufen u. dgl." zuläßt. Sollte diese Reminiszenz die wahre Ursache der Stellung des Entwurfes bilden, sollte der Verfasser des Entwurfes gehofft haben, daß sich die unentgeltliche Verbreitung auf Theaterzettel usw. beschränken wird, dann ist es ein folgenschwerer Irrtum.

Anderseits lassen sich die Privilegien der unentgeltlichen Verteilung auch für den Straßenverkauf entsprechend ausnützen, denn es gibt nichts leichteres, als die Unentgeltlichkeit zu fingieren: der Verteilende verlangt keinen Entgelt, schüttelt jedoch mit

Nachdruck die Sammelbüchse für irgend einen Zweck, z. B. für den Agitationsfond seiner Partei, vielleicht nicht alle, jedenfalls viele werden diese Geberde verstehen und die Kosten des Verlages können leicht eingebracht werden.

Auf diese Weise gelangen zu einer privilegierten Stellung diese Druckschriften, welche aus irgend welchen Rücksichten auf Entgelt verzichten können, und diejenigen, welche geneigt sind, das Gesetz zu umgehen; die Druckschriften, welche sich auf keine starke finanzielle Basis stützen und gleichzeitig auf die oberwähnte Form des Umgehens der gesetzlichen Vorschriften nicht eingehen wollen, werden die ganze Last der Kolportagevorschriften ungeteilt tragen müssen. War das etwa die Absicht des Gesetzgebers?

Noch eine Bemerkung (wenn wir schon von den Absichten des Gesetzgebers sprechen). Es ist allgemein bekannt, ich habe es schon oben erwähnt, daß nach dem heute geltenden Gesetze die Verbreitung der Kundmachungen von rein örtlichem oder gewerblichem Interesse keinen Beschränkungen unterliegt, es steht jedermann frei, dieselben zu verteilen, zu verkaufen, auszurufen usw. Auch das Alter des Verbreitenden ist gleichgiltig. In der Zukunft wird es unter der Herrschaft des neuen, liberalen Gesetzes Personen unter 18 Jahren verboten sein, diese Druckschriften zu verkaufen oder unentgeltlich zu verbreiten (§ 17, Abs. 1; § 21, Abs. 2): wenn jemand im Alter von 17 Jahren z. B. die Annoncen einer Firma verteilen oder Programme der Wettrennen, der Theatervorstellungen verkaufen wird, wird er wegen einer Übertretung mit einer Geldstrafe von 10 bis 100 *K* oder Arrest von einem bis zu acht Tagen bestraft werden!

Das ist nur eine Inzidentalbemerkung.

Wir fragen: existiert irgendwo eine solche Favorisierung der unentgeltlichen Verteilung? So viel ich weiß, wird nirgends mit solchem Nachdruck ein so nebensächlicher Umstand hervorgehoben, als die Frage des Entgelts, eine freie Kolportage ist sowohl für den Verkauf wie für die unentgeltliche Verteilung frei.

Wenn z. B. in Frankreich oder in Deutschland eine Differenzierung besteht, so bezieht sie sich auf eine andere Frage, nämlich, ob die Kolportage gewerbsmäßig (Gewerbebetrieb im Umherziehen, la profession du colporteur), oder zufällig (nicht gewerbsmäßige, öffentliche Verbreitung, vgl. v. Liszt, R. Pr. G., 45, col-

portage accidentel) ist. Das ist eine andere Grundlage: der Zeitungskolporteur oder Buchhandlungsagent steht dann unter Kontrolle, besitzt eine Legitimation, der zufällig Verbreitende braucht sie nicht, wenn er auch Druckschriften verkaufen sollte.

Das ist eine Verbindung der Freiheit der Presse mit einer notwendigen Kontrolle, welche die Presse nicht bedrückt und die Gesellschaft jener Waffe nicht beraubt, welche in der Oberaufsicht über die Verbreitung von Druckschriften besteht.

Es wird jemand sagen, es hat doch der Entwurf als Gegengewicht der freien Kolportage (eigentlich der unentgeltlichen Verbreitung) eine strenge Repression der durch den Inhalt der Presse begangenen strafbaren Handlungen versprochen.

Das ist eben die zweite Frage.

II. Die Repression der Preßdelikte.

§ 1. Der Entwurf berührt wirklich in den Motiven das gegenseitige Verhältnis der Freiheit der Presse und der Strenge der Repression den Preßdelikten gegenüber; dies Verhältnis soll, um aus der Mathematik einen Ausdruck zu entlehnen, ein „gerades" sein, je größere Freiheit, desto strenger die Repression. „Je weniger behindert sich die Presse auf dem Boden der Gesetze zu bewegen vermag, desto nachdrücklicher kann jede Gefährdung öffentlicher oder privater Interessen getroffen werden" . . .

Ein schöner Grundsatz, leider richtet sich der Entwurf nicht nach demselben.

Ich erlaube mir meine Behauptung in zwei Richtungen hin zu beweisen: *a)* bezüglich der allgemeinen Verantwortlichkeit des Redakteurs für die durch den Inhalt einer periodischen Druckschrift begangenen strafbaren Handlungen; *b)* bezüglich der Verantwortlichkeit aller bei irgend einer Druckschrift beschäftigten Funktionäre aus Anlaß der Vernachlässigung der nötigen Aufmerksamkeit.

Ad *a.* Die mit der periodischen Presse gemachten Erfahrungen haben die Gesetzgeber veranlaßt, eine neue Art von Verantwortlichkeit zu bilden, die allgemeinen Grundsätze bezüglich der Schuld durch einen neuen Begriff, einer Schuld bei den Preßdelikten zu vervollständigen. Es ist eine Ergänzung der allgemeinen Grundsätze über Verschuldung.

Es sind folgende zwei Grundsysteme bekannt:

α) der sukzessiven ausschließlichen Verantwortlichkeit (das belgische System);

β) der ausschließlichen Verantwortlichkeit des Redakteurs als des Täters.

Beide Systeme widersprechen in ihrer reinen Form der Gerechtigkeit, denn sie können einen Unschuldigen der Strafe zuführen und der wirkliche Täter kann straflos ausgehen.

Es wird als das bisher gekannte beste System das des deutschen Preßgesetzes erachtet: die Verantwortlichkeit des Redakteurs als Täters, insoweit die Annahme seiner Täterschaft nicht durch „besondere Umstände" ausgeschlossen wird (vgl. § 20, Abs. 2 des Reichspreßgesetzes).

Diese Bestimmung des deutschen Preßgesetzes, welche als Waffe wider Redakteure, die behaupten, den betreffenden Artikel nicht gelesen zu haben, geschmiedet ist, hat in der deutschen Presse infolge einer sehr strengen Interpretation seitens der Praxis (es wird z. B. als besonderer Umstand nicht anerkannt, wenn der Redakteur willkürlich anderen die Geschäfte überließ, oder weil ein anderer einen Teil des Blattes besorgte, vgl. Grüttefien, Die Täterschaft des verantwortlichen Redakteurs, S. 49) eine gewisse Unzufriedenheit hervorgerufen.

Trotz dieser Interpretation entwickelt sich die deutsche Presse in einer ungewöhnlichen Weise (zumal sie vom Staate favorisiert wird, es genügt, die Zeitungspostexpedition zu erwähnen).

Wenn wir die Frage stellen, welches System der preßrechtlichen Verantwortlichkeit durch den Entwurf befürwortet und rezipiert wird, so müssen wir das Unerwartete feststellen: keines. Es soll beim Alten bleiben!

Der Entwurf findet keinen Anlaß, eine solche Verantwortlichkeit einzuführen, die „allgemeine, strafrechtliche" muß ausreichen.

„Auf die durch Druckschriften begangenen strafbaren Handlungen sind, soferne in diesem Gesetze nicht Ausnahmen festgesetzt werden, die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen anzuwenden" (§ 30, Abs. 1).

Warum? Entwickelt sich die österreichische Presse auf eine andere Art als wo anders, z. B. in Deutschland oder Frankreich, hat sie vielleicht weniger Anlagen, strafbare Handlungen zu be-

gehen? Haben wir die Erfahrung nicht gemacht, daß die „strafrechtliche" Verantwortlichkeit der periodischen Presse gegenüber, bei welcher der Verfasser (der Täter) fast nie zu finden ist, eine Fiktion bildet?

Was für „Ausnahmen" werden durch den Entwurf angeführt? Wir finden dieselben sofort im § 31 (dem aus der Praxis gut bekannten Artikel 3 der Novelle vom Jahre 1868 in einer neuen Form), alte Strafen für die Vernachlässigung der Aufmerksamkeit!

Wir suchen nach Gründen dieser Stellung des Entwurfes und finden folgende:

„Damit glaubt der Entwurf ebenso dem Gebote der Gerechtigkeit, als dem in der Strafprozeßordnung niedergelegten Grundsatze der freien Beweiswürdigung Rechnung zu tragen."

Wir haben nicht die Absicht, mit dieser Begründung des Entwurfes zu polemisieren, wir werden uns darauf beschränken, festzustellen, daß die Vorschrift (§ 20, Abs. 2) des deutschen Preßgesetzes durch Erfahrungen, die mit dem preußischen Gesetz vom Jahre 1851 gemacht worden sind, hervorgerufen ist, und es hat doch das preußische Gesetz ebensogut wie das österreichische, und der Entwurf, neben der allgemeinen strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die Strafen für Vernachlässigung der Aufmerksamkeit gekannt, trotzdem hat die Kommission für das deutsche Preßgesetz die Unzulänglichkeit dieser Vorschriften ausdrücklich hervorgehoben (vgl. Marquardsen, R. Pr. G., S. 132 ff.).

Ich muß noch darauf aufmerksam machen, daß selbst die ausgesprochenen Gegner der heutigen Stilisierung des § 20, Abs. 2, des deutschen Preßgesetzes die Notwendigkeit einer speziellen preßrechtlichen Verantwortlichkeit warm befürworten (wenn auch in der Form von Ordnungsstrafen gegen den Unternehmer, vgl. Grüttefien, ib. S. 69, vgl. sonst v. Liszt, L. d. d. Str. R., VII A, S. 165 ff.).

Was tut der Entwurf? Der Entwurf verbleibt bei der bisher bekannten Verantwortlichkeit — für Vernachlässigung der Aufmerksamkeit bei Verbrechen und Vergehen und bestraft dieselben mit einer Geldstrafe bis zu 2000 *K* oder mit Arrest bis zu drei Monaten.

Was das bedeutet, läßt sich kurz fassen.

Ad *b*. Bei der Bestrafung der Preßdelikte spielt heutzutage eine große Rolle die sogenannte Verantwortlichkeit der bei der Herausgabe einer Druckschrift beschäftigten Funktionäre, insbesondere des Redakteurs „für die Vernachlässigung der Aufmerksamkeit", nicht deswegen, als ob die Redakteure wenig aufmerksam die Oberaufsicht über die durch sie redigierten Zeitschriften führten, sondern deswegen, weil der Beweis, der Redakteur habe wissentlich den gegebenen Artikel veröffentlicht, ungemein schwierig ist.

Deswegen wird meistenteils diejenige Vorschrift angewendet, zu deren Anwendung die Tatsache der Veröffentlichung ausreicht. Unter der Herrschaft des Preßgesetzes vom Jahre 1862 spielt die oberwähnte Rolle der Art. 3 der Novelle vom Jahre 1868; es machen von ihm Gebrauch: die Geschwornen, wenn sie bezüglich der Bejahung der Hauptfrage gewisse Skrupeln haben, öfter noch die Staatsanwaltschaft, welche im vorhinein auf die Verurteilung des Redakteurs als Täter verzichtend, die Anklage wegen der Vernachlässigung der Aufmerksamkeit vor dem Bezirksgerichte erhebt.

Der obgenannte Art. 3 behandelt ausschließlich die durch den Inhalt einer Druckschrift begangenen Verbrechen und Vergehen, erwähnt die Übertretungen nicht, weil im Jahre 1868 niemand behauptet hat, man könne durch den Inhalt einer Druckschrift eine Übertretung begehen, und daß das Strafgesetz vom Jahre 1852 solche Übertretungen kenne (vgl. Liszt, Preßrecht, S. 233, 353, der sonst mit dieser Ansicht vom theoretischen Standpunkt aus polemisiert). Die entgegengesetzte Praxis, welche die Übertretung nach § 496 Str. G. auch für die Druckschriften eingeführt hat, ist verhältnismäßig neuen Datums (vgl. noch Frühwald, praktisches Handbuch vom Jahre 1874, S. 279) und ist dem Selbsterhaltungstrieb der Gesellschaft gefolgt, es hat sie nämlich die Verwilderung eines Teiles der Presse hervorgerufen, welche dem Gegner gegenüber die gemeinsten Schimpfworte anwendet, Schimpfworte, die bisher nur in einer Wirtshausrauferei zu hören waren; es veröffentlicht diese Presse bezüglich des Gegners Spitznamen, die weder Schmähung, noch eine Aussetzung dem öffentlichen Spotte ausmachen, es sind gewöhnliche Beschimpfungen in der Art wie „Lump", „Schuft", „Gauner" (Entsch. Nr. 1870) usw. Nehmen wir an, daß diese Praxis dem Gesetze nicht widerspricht, nehmen wir an, daß die Preßübertretung nach

§ 496 Str. G. (selbst auch nach §§ 497, 498, 499) existiert, so verliert die Gesellschaft wenig, wenn dieser Übertretung gegenüber der obgenannte Art. 3 keine Anwendung findet.

Die Sachlage unterliegt einer Veränderung mit der Einführung des Entwurfes als Preßgesetz. Der Entwurf reduziert alle Vergehen der Ehrenbeleidigung zu Übertretungen (§ 37), der Entwurf kennt eine ganze Reihe von neuen Übertretungen offenbar deswegen, weil er die Notwendigkeit einer stärkeren Verteidigung der entsprechenden Rechtsgüter anerkennt; wir begegnen einer Übertretung der Veröffentlichung von verletzenden Mitteilungen aus dem Privat- und Familienleben (§ 33), einer Übertretung der Veröffentlichung von unsittlichen Ankündigungen, die den Geschlechtsverkehr u. dgl. betreffen (§ 34), einer Übertretung der Ankündigung bezüglich der verbotenen Heilmittel und ausländischen Lose (§ 35), einer Übertretung des Boykotts (§ 36).

Trotz der zahlreichen Übertretungen der Ehrenbeleidigung, trotz Einführung neuer Übertretungen behält der Entwurf (§ 31) den Wortlaut des Art. 3 bei, indem er erklärt:

„Der verantwortliche Redakteur, Verleger, Drucker oder Verbreiter, welcher durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt die Herstellung . . . einer Druckschrift ermöglicht hat, deren Inhalt den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens begründet." In den Motiven wird diese Tatsache mit Nachdruck hervorgehoben: „Gleich dem geltenden Rechte (Art. 3) wird auf eine Strafandrohung verzichtet, wenn der Inhalt nur eine Übertretung begründet."

Dasjenige, was im Jahre 1868 sehr gut war, da keine Übertretung (durch den Inhalt einer Druckschrift begangen) vorhanden oder wenigstens bekannt war,[1]) harmoniert im Falle der Einführung solcher Übertretungen nicht mit anderen Vorschriften des Gesetzentwurfes. Es handelt sich hier nicht um theoretische Fragen, sondern um eine gefährliche Praxis in der Zukunft.

Es macht mir jemand in einer Zeitschrift den Vorwurf, die eigene Mutter ermordet zu haben; da die Behörde aus dieser öffentlichen Denunziation keine Konsequenzen zieht, liegt keine Ver-

---

[1]) Die Begründung des Entwurfes S. 26 scheint derselben Ansicht zu sein.

leumdung (§ 209) vor, wir haben bloß mit einer Ehrenbeleidigung zu tun (§ 487 Str. G.), welche dem Entwurf (§ 37, Abs. 1) gemäß eine Übertretung bildet.

Der angeklagte Redakteur entschuldigt sich vor dem Bezirksgericht, den betreffenden Artikel nicht gelesen zu haben, und der Richter, da der Gegenbeweis nicht durchgeführt werden kann, muß seine Behauptung für wahr halten. Der Richter will den Angeklagten wenigstens für Vernachlässigung der Aufmerksamkeit bestrafen. Ja, aber der § 31 beschränkt sich nur auf Verbrechen und Vergehen — der Redakteur wird also freigesprochen!

Dieser Wortlaut des § 31 macht alle Vorschriften bezüglich der neuen Übertretungen, sowie die Absicht der Regierung, der Ehre einen größeren Schutz als bisher zu gewährleisten, illusorisch.

Es wird jemand einwerfen, ja, aber wir haben es hier mit einer Umgehung des Gesetzes seitens des Redakteurs zu tun; es kann doch der Richter denselben als Täter verurteilen, wozu die „freie Beweiswürdigung"?

Es ist nicht so, nach den allgemein Regeln über die Urteilsfassung und freie Beweiswürdigung läßt sich das Urteil mit einem kurzen Vermerk: „das Gericht ist von der Schuld des Angeklagten überzeugt" nicht begründen, das reicht nicht aus, es müssen Beweismittel angeführt werden, auf welchen die Überzeugung des Richters basiert, sonst ist das Urteil nichtig (§ 281, Abs. 5; § 270, Abs. 7 Str. P. O.).

Trotz allem, was über die Tendenz der Geschwornen in der Richtung der Freisprechung gesagt und gedruckt wird, trotz der Behauptung der Motive des Entwurfes: „Infolge Einführung der Geschwornengerichte für durch Druckschriften begangene Vergehen, trat tatsächlich an Stelle des höheren Schutzes der Ehre des Einzelnen ein verminderter Schutz"; bin ich gezwungen, auszusprechen, daß diese Reform, welche die Regierungsvorlage plant, eine reformatio in pejus bedeutet.

Es ist wahr, daß die Geschwornen oft freigesprochen haben, dafür sind sie jedoch imstande, den Redakteur für schuldig dort zu erkennen, wo der Berufsrichter trotz seiner inneren Überzeugung den Angeklagten nicht verurteilen kann. Es gibt doch Fälle, wo die Geschwornen, die ihren Wahrspruch nicht motivieren, von ihrer Allmacht in der Richtung der Verurteilung Gebrauch gemacht

haben. Wenn eine Verurteilung für Ehrenbeleidigungen bisher selten war, so wird sie in der Zukunft nur eine Ausnahme von der Regel der Straflosigkeit bilden.

Es läßt sich hier ein theoretisch und praktisch wichtiger Umstand nicht mit Schweigen übergehen: der oberwähnte § 31 will das belgische System der sukzessiven ausschließlichen Verantwortlichkeit (responsabilité par cascades) in das System der Strafen für Vernachlässigung der Aufmerksamkeit einführen.

Das Wesen des belgischen Systems bildet eine rücksichtslose Haftung für den Inhalt eines Artikels, die Haftung einer Person als Täters schließt eine solche Haftung einer anderen Person aus. Auf diese Weise haften z. B. in Frankreich (Gesetz vom Jahre 1881) der Redakteur, beziehungsweise Herausgeber, Verfasser, Drucker, Verbreiter. Es trägt dies System der Gerechtigkeit wenig Rechnung, es kann doch ein Schuldiger durch Nennung des Vormannes frei ausgehen, es kann auch der Redakteur, da ein Schuldiger schon gefunden ist, straflos werden, obgleich er wissentlich den gegebenen Artikel veröffentlicht hat. Das hat dem französischen Gesetze Anlaß gegeben, das belgische System zu ergänzen: Wird der Redakteur bestraft, kann der Verfasser als Mittäter haften.

Der Entwurf kennt keine preßrechtliche Verantwortlichkeit, er kennt dafür das belgische System bei der Haftung für Vernachlässigung der Aufmerksamkeit, aber ohne französische Ergänzung. Also reine sukzessive ausschließliche Verantwortlichkeit! Nur eine Person kann die Aufmerksamkeit vernachlässigen.

Entspricht das vielleicht dem geltenden Gesetze? Nein, heutzutage können mehrere Personen (vgl. v. Liszt, Österreichisches Preßrecht, S. 235) dem Art. 3 gemäß haftbar sein, in der Zukunft nur eine einzige.

Die entsprechende Vorschrift ist dem deutschen Preßgesetze entnommen, dafür hat aber das deutsche Preßgesetz seinen § 20, II, dessen der Entwurf entbehrt. Hat der Entwurf wirklich die Absicht, eine noch größere Straflosigkeit wie bisher einzuführen?

§ 2. Wenn wir die Art und Weise ins Auge fassen, auf welche der Entwurf der zweckmäßigen Bestrafung der Preßdelikte die Rechnung trägt, so können wir nicht umhin, eine Frage zu berühren, welche in einem nahen Zusammenhange damit steht.

Es ist die Kompetenzfrage.

Der Entwurf will mit dem Art. 9 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt nicht in Konflikt geraten, es sollen also auch künftighin für die durch den Inhalt einer Druckschrift begangenen Verbrechen und Vergehen die Geschwornengerichte zuständig sein. Der Entwurf hat jedoch, wie wir schon oben angeführt haben, nicht viel Vertrauen zu denselben, er reduziert deswegen Ehrenbeleidigungen zu Übertretungen und führt bloß neue Übertretungen ein.

Gleichzeitig aber rüttelt der Entwurf nicht an dem Prinzip, daß zur Aburteilung aller anderen, durch den Inhalt einer Druckschrift begangenen strafbaren Handlungen die Geschwornen vollkommen reif sind, und daß die Hauptverhandlung wegen dieser Delikte (Verbrechen und Vergehen) ihnen vorbehalten bleibt.

Es soll also beim alten bleiben.

Hat sich nichts verändert, das eine Reform veranlassen könnte? Ich glaube nicht, ich finde im Gegenteil, daß die epochemachenden Vorschriften über die Beschlagnahme, die Reduktion der Fälle der polizeilichen Beschlagnahme auf die wenigen im § 43 des Entwurfes angeführten Delikte eine Stellungnahme der Juryfrage gegenüber absolut erheischt.

Es fragt jemand: Was hat die Beschlagnahme mit der Juryfrage zu tun? Leider besteht ein zu großer Zusammenhang zwischen diesen beiden Fragen.

Es reicht aus, nur auf einen Umstand aufmerksam zu machen: Gibt es heutzutage in jedem Falle, wo der Staatsanwalt den Anlaß zur Beschlagnahme findet und das Gericht dieselbe bestätigt, ein subjektives Verfahren und eine Hauptverhandlung vor den Geschwornen? Nein, im Gegenteil, eine Hauptverhandlung wegen einer durch den Inhalt der Presse begangenen strafbaren Handlung (mit Ausnahme der Ehrenbeleidigungen) bildet eine Seltenheit und die sogenannte polizeiliche Beschlagnahme das Alltagsbrot der Staatsanwälte. Warum? ist das konsequent, die Merkmale eines Verbrechens in einer Druckschrift zu finden, dieselbe deswegen der weiteren Verbreitung vorzuenthalten, den Schuldigen dagegen weder zu suchen, noch seine Bestrafung zu veranlassen? Warum geschieht das? Weil der Staatsanwalt eher auf die Anklage verzichtet, als daß er in Preßsachen die Geschwornen zur Entscheidung anrufen

sollte. Es ist sogar dazu gekommen, daß gewisse Staatsanwälte auf die Bestrafung des Täters verzichten und bloß den Redakteur wegen Vernachlässigung der Aufmerksamkeit vor dem Bezirksgericht verfolgen.

Wir können uns kurz fassen: die Geschwornen haben die Gesellschaft auf dem Gebiete der Preßdelikte im Stich gelassen (vgl. dieselben Erfahrungen nach der Einführung der Jury für Preßsachen im Jahre 1869, v. Liszt, Österreichisches Preßrecht, S. 25, „es kamen die trotz unzweifelhafter Schuld der Angeklagten erfolgenden Freisprechungen einer förmlichen Justizverweigerung gleich").

Es ist selbstverständlich, daß dort, wo zweckmäßige Repression seitens der Geschwornen nicht gewährleistet erscheint und die polizeiliche Beschlagnahme ein zwar weit vom Ideal entferntes, aber doch nützliches Mittel im Kampfe wider das Verbrechen bildet, weil sie die Verbreitung der inkriminierten Druckschriften verhindert, entweder dieselbe beibehalten oder wenn wir auch dieses Mittel beiseite schaffen, um der vollständigen Straflosigkeit und Wehrlosigkeit der Gesellschaft vorzubeugen, an eine strengere subjektive Repression gedacht werden muß; dann braucht man zwei Elemente: *a)* subjektive Verantwortlichkeit des Redakteurs nach irgend einem System der Preßverantwortlichkeit (vgl. oben). *b)* Beschränkung der Kompetenz der Geschwornen bezüglich jener strafbaren Handlungen, welche die polizeiliche Beschlagnahme nicht begründen können.

Daß dem Postulat *(a)* nicht entsprochen ist, haben wir oben ausgeführt.

Daß die *(b)* Reform angesichts dieses Entwurfes unbedingt nottut, läßt sich leicht beweisen, wenn wir die Vorschrift des § 43 des Entwurfes ins Auge fassen und die strafbaren Handlungen betrachten, welche die politische Beschlagnahme auch künftighin begründen werden. Es sind dies nämlich folgende: Veröffentlichung einer Anklageschrift u. dgl. vor der Hauptverhandlung (Art. 7 der Novelle von 1862), Vermutungen über den Ausgang der Strafverhandlung usw. (Art. 8), der Mitteilungen bezüglich militärischer Operationen (Art. 9), Verbrechen des Hochverrates, der Majestätsbeleidigung, der Beleidigung der Mitglieder des kaiserlichen Hauses, der Ausspähung, der Gotteslästerung, der öffentlichen Verleitung

zu Dynamitverbrechen, Vergehen gegen die öffentliche Sittlichkeit, Vergehen der gefährlichen Aufforderung zu Verbrechen.

Nun fragen wir: Sind das diejenigen Verbrechen und Vergehen, wegen welcher heutzutage die Beschlagnahme in der Regel stattfindet? Mit Ausschluß des § 516 (öffentliche Sittlichkeit) nein!

Das Repertoir der Beschlagnahme lautet: Aufreizung wider die Person des Kaisers, den einheitlichen Staatsverband, die Regierungsform und Verfassungsform (§ 65 und Art. 2 der Novelle 1862), wider Gesetze und Behörden (§§ 65 und 300), wider Nationalitäten, Religions- oder andere Gesellschaften, Klassen oder Stände (§ 302), Verspottung der Religion, Bezeigung der Verachtung derselben gegenüber (§§ 303, 122, lit. *b*), Verbreitung des Unglaubens (§ 122 *d*), Herabwürdigung der Einrichtungen der Ehe, der Familie, der Rechtsbegriffe über das Eigentum (§ 305), Beleidigung des Oberhauptes eines befreundeten Staates (§ 494, lit. *a*), der Armee und der Behörden (Art. 4 bis 5, Novelle 1862).

In der Zukunft dürfen diese strafbaren Handlungen straflos begangen werden, denn das objektive Verfahren wegen derselben ist ausgeschlossen, der Täter wird in der Regel nicht gefunden werden; wenn er ausnahmsweise gefunden wird, werden ihn die Geschworenen höchst wahrscheinlich freisprechen.

Es bleibt nur eines übrig, der Staatsanwalt wird den Redakteur, Verleger oder Drucker wegen der Vernachlässigung der Aufmerksamkeit vor dem Bezirksgericht verfolgen; sind die Strafen für dieselbe genug streng, um die Rolle der Generalprävention zu spielen? Laut § 31 des Entwurfes ist der Redakteur usw., wenn die strafbare Handlung den Tatbestand eines Verbrechens begründet, an Geld von 50 bis zu 2000 *K* oder mit Arrest von drei Tagen bis zu drei Monaten, und wenn der Tatbestand eines Vergehens begründet ist, an Geld von 20 bis 1000 *K* zu bestrafen.

Theoretisch hohe Strafen, aber wir dürfen die Praxis der Gerichte bezüglich der Zumessung der Strafe nicht vergessen!

Es wird schon öfters und fast überall eine Erscheinung diesbezüglich festgestellt, welche eine eigene Benennung trägt: „Mißbrauch der kurzzeitigen Freiheitsstrafen", mit welcher auch Zumessung kleiner Geldstrafen Hand in Hand geht. Wir dürfen kaum erwarten, daß der Redakteur für die Übertretung nach § 31 des Entwurfes eine etwa 100 *K* oder eine Woche Arrest übersteigende

Strafe erhalten wird, wir wissen, daß heutzutage für die Übertretung nach Art. 3 (obgleich dieselbe noch strenger geahndet ist, Arrest von einem bis zu sechs Monaten im Falle eines Verbrechens) Geldstrafen von 40 *K* und Arreststrafen von vier Tagen die Regel bilden.

Eine Vorbestrafung für dieselbe Übertretung spielt als erschwerender Umstand kaum eine Rolle. Diese Gewohnheiten sind nicht so leicht auszumerzen. „Es gibt kein konservativeres Element, als die Amtsgewohnheiten der Gerichte" (Gneist).

Wir kommen also zu dem Schlusse, daß die in Strafgesetzen mit hohen Strafen (z. B. mit schwerem Kerker von ein bis fünf Jahren) geahndeten Verbrechen unter der Herrschaft des neuen Preßgesetzes durch den Inhalt einer Druckschrift entweder straflos (wenn durch Geschworene beurteilt) verübt werden können, oder daß sie nur kleine Geldstrafen, beziehungsweise kurzzeitige Freiheitsstrafen für den Redakteur (§ 31 Entw.) nach sich ziehen werden.

Ich glaube kaum, daß dieser Zustand den Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen wird.

Wir beantragen, in denjenigen Fällen, bei welchen die polizeiliche Beschlagnahme ausgeschlossen ist, die Hauptverhandlung nicht vor Geschworenen, sondern vor den Gerichtshöfen erster Instanz durchzuführen. Hier stoßen wir freilich unwillkürlich auf eine politische Frage: bedeutet unser Vorschlag eine Reaktion? Ich glaube nicht. Er bildet nur ein Gegengewicht der Freiheit der Presse gegenüber.

Tut der Entwurf dasselbe nicht mit den „Übertretungen"? Hat die Übertretung des Boykotts (§ 36) nicht einen dem Vergehen nach § 302 Str. G. ähnlichen Charakter? Die erstere soll doch das Bezirksgericht, das zweite das Geschworenengericht beurteilen.

Ich glaube auf einen historischen Präzedenzfall aufmerksam machen zu können.

Bekanntlich hat die Freiheitsbewegung nach dem Jahre 1848 in Deutschland es mit sich gebracht, daß die Preßvergehen in mehreren Staaten der Jury vorbehalten waren. Das Preßgesetz vom Jahre 1874 hat die polizeiliche Beschlagnahme beschränkt und das Gerichtsverfassungsgesetz vom Jahre 1877 enthält infolge eines Kompromißantrages Miquels die Bestimmung (Art. 6 des Ein-

führungsgesetzes): „Unberührt bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit der Schwurgerichte für die durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen.“ Diese Fassung ist eine Folge des Widerspruches, welcher wider die allgemeine Einführung der Schwurgerichtsbarkeit bei Preßdelikten erhoben wurde. (Geyer, Lehrbuch d. d. Str. Pr. R., 183 ff.)

Wieviel Staaten haben von der ihnen zustehenden Autonomie (das Wort „bestehend“ bezieht sich auf die Zeit des Beginnes der Wirksamkeit des Reichsjustizgesetzes, also auf den 1. Oktober 1877, vgl. Stenglein, Lehrbuch, 104; Glaser, H. B., I, 297) in der Richtung der Preßjury Gebrauch gemacht: Kaum vier! (Bayern, Baden, Württemberg, Oldenburg.) Ich meine, daß das Bestehen eines Kausalzusammenhanges zwischen den Bestimmungen des Preßgesetzes und dieser „reaktionären“ Richtung in der Kompetenzfrage nicht geleugnet werden darf. Selbst in Frankreich haben Reformen in derselben Richtung stattgefunden, wir erinnern nur an die Reform vom Jahre 1876 und vom Jahre 1894. Es wurde die Kompetenz der Geschworenen aufgehoben: 1. im Jahre 1876 (vgl. Art. 45 des Preßges. vom Jahre 1881) bezüglich der Beeidigung der öffentlichen Beamten und Körperschaften, des Präsidenten der Republik, des Parlaments, der Verbreitung von falschen Nachrichten, Aufforderung zum Begehen der strafbaren Handlungen und Anpreisung derselben, der Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit; 2. im Jahre 1894: bezüglich der Aufforderung zu Diebstählen, zum Morde, Raube und zur Brandlegung, Dynamitverbrechen, Hochverrat, Verleitung der Militärpersonen zur Vernachlässigung ihrer Dienstpflichten.

Bei der Diskussion im Parlamente hat man eingeworfen, der Entwurf (das spätere Gesetz vom Jahre 1894) sei für die Freiheit gefährlich. Der Berichterstatter Lasserre hat erwidert: „Il faut s'entendre, il faut savoir, à quelle liberté nous portons atteinte. Nous portons atteinte à la liberté du crime, à la liberté du meurtre.“

Diese Beschränkung der Jurykompetenz muß mit der fortschreitenden Freiheit der Presse und der Verbreitung ihrer Erzeugnisse parallel gehen. Es handelt sich nicht um Einschränkung der Freiheit, sondern um die der Straflosigkeit der Preßdelikte.

III. Ein Strafurteil ohne Strafe.

Wir finden im Entwurf eine Konstruktion, der schwerlich beizustimmen ist. Der § 26, Al. 2, letzter Satz des Entwurfes lautet:

„Ergibt das Verfahren, daß der verantwortliche Redakteur bei Verweigerung der Aufnahme (einer Berichtigung) im guten Glauben gehandelt habe, so ist auszusprechen, daß von der Verhängung einer Strafe abgesehen werde (§ 260, Z. 3 Str. P. O.)."

Es erhält z. B. ein Redakteur eine Berichtigung eingesandt, erachtet jedoch, daß er auf Grund des § 25 berechtigt ist, die Aufnahme derselben zu verweigern, z. B. weil er meint, die Berichtigung begründe den Tatbestand einer strafbaren Handlung (§ 25, Abs. 3, Z. 4).

Er handelt im besten Glauben, und doch irrt er, weil in der Berichtigung nichts Strafbares enthalten ist.

Trotzdem soll dem § 25 des Entwurfes gemäß ein Strafurteil auf Grund der Privatanklage gefällt und der Angeklagte schuldig befunden werden (§ 260 Str. P. O.). In diesem Strafurteile ist auszusprechen:

1. Der Redakteur hat die Aufnahme einer Berichtigung unbegründet verweigert und dadurch 2. die Übertretung nach § 26, Abs. 2 begangen. 3. Da er jedoch im guten Glauben gehandelt, so wird von der Verhängung einer Strafe abgesehen. 4. Da er anderseits durch ein Strafurteil einer strafbaren Handlung schuldig erkannt worden ist, so ist in dem Urteil zugleich auszudrücken, daß er auch die Kosten des Strafverfahrens zu ersetzen habe (§ 389 Str. P. O.). 5. Da dem Beschuldigten der Ersatz der Prozeßkosten überhaupt zur Last fällt, hat er auch alle Kosten der Vertretung (des Privatanklägers) zu ersetzen (§ 393, Abs. 3 Str. P. O., vgl. Krall, G. Z. 1876, Z. 46). 6. Da die Verurteilung des Angeklagten erfolgt, so ist zugleich über die eventuellen privatrechtlichen Ansprüche des Beschädigten (Privatanklägers) zu entscheiden (§ 366, Abs. 2) und demselben eventuell die Schadloshaltung (§ 1324 b. G. B.) zuzuerkennen (§ 369, Abs. 1 Str. P. O.). Die „volle Genugtuung" wäre meines Erachtens ausgeschlossen, da mit Bezug auf den festgestellten und begründeten guten

Glauben böse Absicht oder auffallende Sorglosigkeit nicht anzunehmen ist.[1])

Wir erhalten also ein Strafurteil, das den Angeklagten schuldig findet, denselben zur Ersetzung der Kosten des Strafverfahrens verurteilt, eventuell auch über Ansprüche des Beschädigten entscheidet, aber von der Verhängung der Strafe absieht.

Wir sind gewöhnt, den Begriff des guten Glaubens mit dem der Schuld zu verbinden; wenn jemand im guten Glauben handelt, so finden wir entweder, daß dieser Umstand belanglos ist und dann wird der Angeklagte bestraft, oder wir finden, daß dieser Umstand von Belang ist, dann wird er freigesprochen. Einen solchen Präzedenzfall enthält der § 490 Str. G. Zwar ist dort von „gutem Glauben" nicht ausdrücklich die Rede, jedoch wird der dort angeführte Beweis ein Beweis des guten Glaubens genannt (wir sagen, der Beschuldigte habe bona fide gehandelt,[2]) und es entspricht diese Benennung dem Inhalte der gesetzlichen Vorschrift („doch solche Umstände dartut, aus welchen sich hinreichende Gründe ergaben, um die vorgebrachte Beschuldigung für wahr halten zu können"). In diesem Falle wird der Beschuldigte „straflos", aber weder die Theorie noch die Praxis interpretiert diesen Ausdruck in dem Sinne, daß nur „von der Verhängung einer Strafe abgesehen werde" (§ 260, Abs. 3 Str. P. O.), daß er aber schuldig befunden, zur Ersetzung der Kosten des Strafverfahrens, der Vertretung und Zahlung einer Entschädigung an den Privatkläger verurteilt wird.

---

[1]) Es ist fraglich, ob der Privatankläger im Strafprozesse seine privatrechtlichen Ansprüche geltend machen darf, z. B. Mayer, I, 30 nr. 15 verneint diese Frage, „denn die §§ 47 und 449 gestatten nur den Anschluß, wenn es sich um ein von amtswegen zu verfolgendes Vergehen oder um eine solche Übertretung handelt". Anderer Meinung Mitterbacher 88. Meines Erachtens hat sich die neuere Gesetzgebung über diese prinzipiellen Bedenken Mayers hinweggesetzt, wir begegnen nämlich in den Gesetzen über Markenschutz (§ 27), Urheberrecht (§ 57) und Patentschutz (§ 103) ausdrückliche Vorschriften über die Entscheidung der privatrechtlichen Ansprüche im Strafprozesse trotz Privatanklage, und wenn der Gesetzgeber diesen Umstand ausdrücklich hervorhebt, so geschieht dies nicht deswegen, als ob er dies als Ausnahme von der Regel erachten sollte, sondern bloß aus Rücksicht auf die Form und den Inhalt der Entschädigung (Geldbuße).

[2]) Es ist ein großes Verdienst Lammaschs (Diebstahl und Beleidigung 43 bis 44), bewiesen zu haben, das Strafgesetz kenne keinen Beweis der Wahrscheinlichkeit, sondern den Beweis des guten Glaubens.

Ob der § 490 Str. G. bezüglich des Beweises des guten Glaubens einen Strafausschließungsgrund oder einen Schuldausschließungsgrund enthält, wird als fraglich dargestellt (vgl. Finger, II, S. 141 ff. und 147, meines Erachtens richtig Lammasch, Diebstahl, S. 43 Anmerkung und Grundriß, 51).

Ich glaube jedoch die allgemeine Meinung auszusprechen, daß selbst, wo nur ein Strafausschließungsgrund vorliegt, nicht ein Strafurteil (§ 260), sondern ein freisprechendes Urteil (§ 259, Abs. 3) stattfinden muß (vgl. Mayer, II, S. 379 ff., vgl. auch Entscheidung des K. H. Nr. 1807).

Die Stilisierung des Entwurfes ist ein Novum, wir erhalten einen neuen Typus von Strafurteilen ohne Strafe, das ist um so merkwürdiger, als bekanntlich eine nicht so weit gehende Institution, die sogenannte bedingte Verurteilung, nach welcher die Strafe zwar ausgesprochen wird, aber eventuell zur Vollstreckung nicht gelangen kann, in Österreich bisher (wie es scheint, aus prinzipiellen Gründen) nicht eingeführt worden und an ihre Stelle die Anwendung der kaiserlichen Gnade bei den Jugendlichen getreten ist. (Vgl. J. M. Vdg. vom 25. November 1902, Z. 51 J. M. V. Bl.)

Wir fragen daher: Ist die Vorschrift des § 26 Entw. absichtlich oder enthält sie eine nichtabsichtliche Stilisierung, welche jedoch folgenschwer werden kann? Wir halten das letztere für das richtigere.

Als Vorbild für den § 26 Entw. hat zweifellos der § 19, letzter Absatz des deutschen Reichspreßgesetzes vom Jahre 1874 gedient. Es heißt dort: „Ist die unberechtigte Verweigerung im guten Glauben geschehen, so ist unter Freisprechung von Strafe und Kosten lediglich die nachträgliche Aufnahme anzuordnen."

Was der Gesetzgeber in diesem Falle meinte, ist ziemlich klar, wir werden jedoch einige Autoritäten zitieren. Der um die Entstehung des Gesetzes vielverdiente Marquardsen schreibt (im Jahre 1875, Kommentar S. 112): „Was mit dem Zusatz bezweckt werden wollte, war, den Redakteur da, wo ihn in dieser Beziehung keinerlei Verschuldung trifft, auch nicht einmal mit dem geringsten Strafsatz zu belegen." „Bei vorhanden gewesenem ‚guten Glauben', wo diese Aufnahme (des eingesandten Artikels) im Urteil ausgesprochen werden soll" ... v. Schwarze (Kommentar

vom Jahre 1874, S. 66) „es mag nur hier nochmals konstatiert werden, wie die Kommissarien bei Akzeptation dieses Amendements lediglich die Straflosigkeit für den Fall statuiert wissen wollten, daß der Redakteur sich in bona fide, über die Bedeutung der Tatsachen befand" usw.

Noch klarer heißt es bei v. Liszt (Reichspreßrecht 102):

„Ein Delikt ohne Schuld kann auch hier nicht gedacht werden. Guter Glaube entschuldigt den verantwortlichen Redakteur nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes sowohl von der Bestrafung wie von der Zahlung der Kosten."

Wenn wir die Behauptung aufgestellt haben, daß der Entwurf nicht absichtlich dem gesunden Grundgedanken des deutschen Preßgesetzes eine wenig glückliche Form gegeben, so beschränkt sich unsere Anschauung auf die obangeführten (wahrscheinlich nicht vorausgesehenen) Folgen.

Daß der Entwurf wirklich an ein Strafurteil gedacht hat, beweist außer der Anführung des § 260, Z. 3 der Strafprozeßordnung auch der Wortlaut des § 26, Abs. 5: „Ein freisprechendes Erkenntnis (wahrscheinlich Urteil) hat zur Folge, das der verantwortliche Redakteur zur Aufnahme einer von demselben Berichtiger ausgehenden Berichtigung derselben Stelle der periodischen Druckschrift nicht mehr verpflichtet ist." Um also diese Deutung eines freisprechenden Urteiles zu vermeiden, greift der Entwurf zu einem Strafurteil. Der bona fide handelnde Redakteur muß verurteilt werden, muß Strafkosten, Kosten der Vertretung und eventuelle Entschädigung bezahlen, seine Verurteilung wird in seiner Strafkarte (Vdg. des J. M. vom 8. Dezember 1897, Nr. 47 J. V. B.) vermerkt, und das alles deswegen, damit man seinen Freispruch nicht schlecht verstehe, und um ihn zur Aufnahme der Berichtigung zu zwingen. Ist das wirklich notwendig? Kann nicht ein freisprechendes Urteil (§ 259, Abs. 3) mit Statuierung der in Rede stehenden Pflicht verbunden werden? War die Vorschrift des § 19, letzter Absatz des Reichspreßgesetzes nicht eher zu kopieren, als auf diese Weise zu „reformieren"?

---

3. Die Dringlichkeit der Preßgesetzreform.

Eine gewaltige Menge großer, schwieriger und mannigfaltiger Aufgaben der wirtschaftlichen und Justizgesetzgebung findet unser Parlament vor, wenn es nun hoffentlich trotz aller Schwierigkeiten wieder arbeitsfähig und arbeitswillig sein wird. Den ökonomischen Fragen gebührt jedenfalls der Vorrang; aber auch die dringenden Arbeiten auf dem Gebiete der Justizgesetzgebung können nicht länger aufgeschoben werden. Es sei mir nun gestattet, daran zu erinnern, daß unter den letzteren eine der wichtigsten und dringlichsten Angelegenheiten die im Zuge befindliche Reform des Preßrechtes ist, und daß diese daher unter keiner Bedingung in Vergessenheit geraten darf.

Es hieße Eulen nach Athen tragen, wenn wir auf dieser Stelle die allgemein bekannten Klagen der Tagespresse wiederholen wollten; der Berichtigungszwang, der den Redakteur veranlaßt, notorische Unwahrheiten deswegen zum Abdruck zu bringen weil die Form der Berichtigung den gesetzlichen Vorschriften entspricht, das objektive Verfahren, das anläßlich einer jeden im Inhalte der Druckschrift gefundenen strafbaren Handlung durchgeführt werden kann, wenn es nur der Staatsanwalt im öffentlichen Interesse begehrt, das allgemeine Verbot der Kolportage, das an die Zeiten der krankhaften Angst vor der Druckerschwärze erinnert, das ist ja alles ein bekanntes Lied.

Ohne die Bedeutung dieser Klagen schmälern zu wollen, erachten wir es als angezeigt, in diesem wichtigen Augenblicke auch noch andere Momente vorzuführen, welche die ehetunlichste Reform des österreichischen Preßrechtes erheischen lassen. Die schweren Mißstände, welche das heutige aus verschiedenen Epochen (1862, 1868, 1894) stammende Flickwerk mit sich bringt, sind namentlich auch folgende:

1. Wir leben unter dem Zeichen der fast gänzlichen Preßanarchie. Wenn der Verfasser der in jeder anarchistischen Bibliothek enthaltenen „Esquisse d'une morale sans obligation ou sanction", frühzeitig verstorbene Guyau das österreichische Preßrecht gekannt hätte, da würde er vielleicht auf dasselbe hingewiesen haben als auf eine Realisierung seiner ideologischen Träume.

Er wollte ja die Menschen als mit jedem Jahre und jeder Generation besser und edler veranlagt sehen, er hat geglaubt, man werde in der Zukunft kein Strafgesetz brauchen, um die Menschen zur ethischen Handlungsweise zu zwingen. „Le sentiment qui nous pousse à désirer une sanction est en partie immoral!"

Wird seinen Forderungen im österreichischen Preßrechte und seiner Praxis nicht Folge geleistet?

Es erscheint in einer Zeitschrift ein Artikel, der alle Merkmale des Hochverrates an sich trägt. Der Redakteur wird in der Regel den Verfasser desselben nicht kennen wollen und er wird als „Opfer des Berufes", wegen Übertretung der Vernachlässigung pflichtgemäßer Obsorge mit einer Geldstrafe von 40 *K* bestraft! Ähnlich geschieht es mit dem Verleger eines agitatorischen Buches strafbaren Inhaltes.

Diese Qualifikation als Übertretung mit der damit verbundenen Geldstrafe „von 20 bis 200 fl.", die damit verknüpfte Verlegung des Schwergewichtes in Preßsachen auf Bezirksgerichte (die Staatsanwälte wagen ja nicht mehr, eine subjektive Klage in Preßsachen vor den Geschworenen zu erheben und der unerfahrene in seiner Ehre verletzte Privatankläger büßt seinen Leichtsinn ab, wenn er zu klagen wagt), ist das alles nicht ein Schritt weiter auf dem durch Guyau prophetisch vorausgesagten Wege der Veredlung der menschlichen Art, welche keine Strafen braucht, um ethisch zu handeln? Unsere zerrütteten politischen Verhältnisse, das ewige Schielen über die Grenzen der Monarchie, das Überwuchern pornographischer Literatur, die fast gänzliche Schutzlosigkeit der Ehre den Druckschriften gegenüber, bildet die Kehrseite des durch das österreichische Preßrecht realisierten Guyauschen Ideals.

2. Bekanntlich begegnet man auf niedrigen Kulturstufen der für uns heute unverständlichen Erscheinung der sogenannten Kollektivverantwortlichkeit — es wird eine Gemeinde oder Familie für das durch ihr Mitglied begangene Delikt bestraft. Diese

Erscheinung entspricht in der Regel einer gesellschaftlichen Hilflosigkeit mit Bezug auf die Ausforschung, Entdeckung und Bestrafung eines individuell bezeichneten Täters, es ist eine Folgeerscheinung primitiver Verhältnisse.

Dieselbe Ursache — dieselbe Wirkung. Das geltende österreichische Preßrecht, das auf die Bestrafung des Täters beinahe Verzicht geleistet hat, und sich mit dem Schatten einer Art. 3-Vergeltung begnügt, hat ursprünglich die Kollektivverantwortlichkeit bevorzugt (in der Form der Verkürzung der Existenz einer Zeitschrift, Schmälerung ihres Vermögens usw., Haftung des Druckers oder Verlegers für die gegen den Geschäftsleiter verhängten Geldstrafen).

Diese Art der Bestrafung, wie sie auch primitiv erscheint, hat in der Regel eine starke kriminalpolitische Bedeutung; — wenn die Wilden mit dem Verbrecher seine ganze Familie ausrotten, so hat dieses Vorgehen die gute Seite, daß schlechte Instinkte und Neigungen sich nicht vererben und die Familienmitglieder für die Bestrafung ihres Vaters an der Gesellschaft keine Rache üben.

Hat die preßrechtliche Kollektivverantwortlichkeit diese kriminalpolitische Bedeutung?

Sie hat dieselbe damals gehabt, als vor der Novelle vom Jahre 1868 auf die Einstellung des weiteren Erscheinens einer periodischen Druckschrift erkannt, das Verbot der weiteren Verbreitung einer ausländischen Zeitschrift ausgesprochen werden konnte (§ 38), als vor der Novelle vom Jahre 1894 die Kaution für Geldstrafen gehaftet hat, und im Falle, wenn die verminderte Kaution nicht ergänzt wurde, die Herausgabe der periodischen Druckschrift einzustellen war.

Was ist von der Kollektivverantwortlichkeit übriggeblieben? Veröffentlichung der Verfügungen und Erkenntnisse der Strafgerichte, welche infolge einer wegen des Inhaltes oder aus Anlaß einer Zeitschrift (§ 20, II, 39) erflossen sind. — Ist eine Strafe an der Ehre der Zeitschrift eine recht platonische Maßregel? Die Einstellung der Herausgabe einer Zeitschrift, wenn eine Geldstrafe nicht rechtzeitig erlegt wird (§ 1 Nov. 1894), hat in der Praxis (Entsch. K. H. Nr. 2566) bloß die Bedeutung eines Exekutionsmittels (ähnlich wie die Einstellung nach § 11 oder § 21 Pr. G.). Dafür haftet der Verleger oder Drucker für die gegen seinen Geschäftsleiter ver-

hängten Geldstrafen (§ 5), wie ein Familienvater oder der Älteste der Gemeinde in Siam oder Birma.

Die ursprünglich kriminalpolitisch angelegte Kollektivverantwortlichkeit erscheint heute theoretisch falsch, praktisch wertlos, infolge der flickwerkartigen Verbesserungen des Gesetzes als eine romantische, mittelalterliche Ruine, welche nur dazu dient, um das Interesse der fremden Studienreisenden zu erwecken.

3. Das interessanteste Merkmal des österreichischen Preßrechtes ist zweifelsohne der krasse Objektivismus in der Zurechnung der sogenannten Vernachlässigung der Aufmerksamkeit (Art. 3). Es widerstrebt schon unserem modernen Schuldbegriffe (vgl. die vorzüglichen Ausführungen Seufferts, Löfflers u. a.), wenn wir mit den sogenannten objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit zu tun haben, wenn also mit Bezug auf das österreichische Preßrecht z. B. der verantwortliche Redakteur für seinen Mangel an Aufmerksamkeit in einem Falle mit einer Geldstrafe von 20 bis 200 fl., in einem anderen mit Arrest von einem bis zu sechs Monaten (!) bestraft wird, je nachdem der Inhalt seiner Zeitschrift den Tatbestand eines Vergehens oder Verbrechens begründet — obgleich seine Schuld, seine Vernachlässigung der pflichtmäßigen Aufmerksamkeit in beiden Fällen dieselbe ist.

Den Gipfel jener mittelalterlichen Doktrin: versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto erreicht das österreichische Preßrecht in jener Konstruktion, welche den Drucker für die Übertretung nach § 9 (Vernachlässigung der Angabe gewisser Einzelheiten auf der Druckschrift) oder nach § 17 (Probeexemplare) ahndet, wenn aber zufällig in der betreffenden Druckschrift Merkmale eines Verbrechens oder Vergehens enthalten sind, für ein delictum sui generis (ob in idealer Konkurrenz mit § 9, 17 ist fraglich) bestrafen läßt.

Es ist nicht sicher, ob Bernardus Papiensis oder Angelus de Ubaldis gewillt wären, diese Anwendung ihrer Theorie im österreichischen Preßrecht zu billigen; daß man zwischen der Vernachlässigung des Redakteurs und dem Inhalte der Druckschrift einen Kausalzusammenhang findet, ist nicht zu wundern, wie ist es aber erklärlich, daß man einen solchen zu finden glaubt, zwischen dem Umstand, daß der Drucker den Druckort auf dem Titelblatte eines Buches nicht angegeben hat und dem Vergehen nach § 305 auf der Seite,

sagen wir, 478 desselben Buches? Kann man behaupten, daß durch jene Nichtachtsamkeit des Druckers (im letzten Augenblick vor der Fertigstellung der Druckschrift) der strafbare Inhalt des längst vorher gedruckten Bogens verursacht worden ist? „sequitur ex delicto?"

Dieselbe Frage muß man sich stellen, wenn man erfährt, daß der Verbreiter, welcher gegen das Verbot der Kolportage verstößt, auch dafür bestraft wird, daß in dem verbreiteten Buche der Tatbestand, z. B. eines Vergehens, enthalten ist oder wenn dasselbe einer Person gegenüber gilt, die eine aus rein preßgesetzlichen (§ 487, I, Str. P. O.) Rücksichten mit Beschlag belegte Druckschrift verbreitet; besteht hier ein Kausalzusammenhang zwischen Verbreitung und Inhalt? Was für ein Anlaß zur anderen Qualifikation der Tat und zur härteren Strafe?

4. Wenn ein Gesetz nicht aus einem Guß entsteht, so bietet seine Anwendung zahlreiche Schwierigkeiten, die durch unlösbare Widersprüche unter seinen Vorschriften verursacht werden.

a) Um die soeben genannten Qualifikationen und Strafsätze auf irgendeine Weise annehmbar zu machen, hat die Literatur (v. Liszt) und die Rechtsprechung des Kassationshofes zu einer waghalsigen Konstruktion gegriffen: man nimmt nämlich an, daß wir im Art. 3 mit einer kulposen Begehung derjenigen Delikte zu tun haben, deren Tatbestand durch den Inhalt der Druckschrift begründet ist. Z. B. der Drucker, welcher den Druckort anzugeben vergißt, kann eines kulposen Hochverrates schuldig werden. (Vgl. v. Liszt, S. 224, 247 f. und Entscheidung des Kassationshofes, Slg. Nr. 470 [Bd. V, S. 173], Nr. 2243 [Bd. XVII, S. 205], Nr. 2616 [Neue Folge, Bd. III, S. 263].)

Es ist mehr als fraglich (vgl. Lammasch, Grundriß, 2. Aufl., S. 26), ob durch das Preßgesetz neue Formen der im Strafgesetze präzisierten strafbaren Handlungen eingeführt werden dürfen und noch dazu auf diese zweideutige Weise, wichtiger ist jedoch, daß wir im gegebenen Falle mit einer sonderbaren Art der fahrlässigen Begehung zu tun haben.

Bleiben wir bei dem obangeführten Beispiel. Der Drucker soll, was die Tatseite anbelangt, ein delictum per omissionem commissum begangen haben. Um ihm den von der Norm perhorreszierten Erfolg strafrechtlich zurechnen zu dürfen, müssen wir den Beweis liefern, daß derselbe durch sein Handeln hätte verhindert

werden können. (Finger, 2, I, 198.) Wer ist imstande zu beweisen, daß, wenn der Drucker den Druckort angegeben hätte, der Inhalt des Buches ein anderer wäre?

Wenn man einmal A gesagt hat, muß man auch B sagen. Wenn man im Art. 3 eine nicht versiegen wollende Quelle von bisher nicht geahnten Formen strafbarer Handlungen entdeckt hat, so ist es nur ein Schritt weiter, dieselben als delicta sui generis zu erklären, welche mit den Übertretungen, beziehungsweise Vergehen nach §§ 9, 17, 23, 24 Pr. G. in einer idealen Konkurrenz zusammentreffen können. Das ist ja auch der Standpunkt v. Liszts und des Kassationshofes. Nun begeht jener Drucker, der den Druckort nicht angegeben hat, zwei Übertretungen; 1. nach § 9 Pr. G., 2. nach Art. 3, Nov. 1868 und wird mit Arrest von einem bis sechs Monaten bestraft. (§ 267, Str. G.) Es ist selbstverständlich, daß dieser vornehme Bau der Konkurrenz in sich zusammenfällt, wenn man jene Konstruktion der fahrlässigen Begehung verwirft und die Vorschriften des Art. 3 bezüglich der Delikte nach §§ 9, 17, 23, 24, für das erklärt, was sie eigentlich sind: objektive Bedingungen einer erhöhten Strafbarkeit.

In diesem Falle ist es ja klar, daß man bloß von einer Gesetzeskonkurrenz sprechen darf. Nun geschieht etwas Unerwartetes: ein Verbreiter, der schon mehrmals wegen Verbreitung verbotener Druckschriften bestraft war, wird wiederum angeklagt, eine verbotene Druckschrift, welche den Tatbestand des Vergehens nach § 302 enthält, verbreitet zu haben. Was hat er begangen, wie soll er bestraft werden? Vor allem hat er das Vergehen nach § 24 Pr. G. begangen und sollte dafür eine Geldstrafe von 50 bis 500 fl. und als Rückfälliger überdies eine Arreststrafe von einer Woche bis zu einem Monate abbüßen. Ja, es erscheint aber in diesem Falle noch eine objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit, nämlich: die verbotene Druckschrift enthält den Tatbestand eines Vergehens, der Verbreiter soll also nach Art. 3, nach der lex specialis bestraft werden — man soll ihn der Übertretung schuldig finden und höchstens mit einer Geldstrafe von 200 fl. belegen! Nun ist zu wählen zwischen der Theorie des kulposen Begehens und diesem Resultate einer nüchternen Konstruktion!

b) Noch interessanter sind strafprozessuale Schwierigkeiten mit Bezug auf das gegenseitige Verhältnis der §§ 9, 17, 23, 24 Pr. G. und Art. 3, Nov. 1868.

Nehmen wir das Beispiel des pflichtvergessenen Druckers, der angeklagt ist, eine hochverräterische Druckschrift wissentlich gedruckt (§§ 5, 58 Str. G.) und noch dazu den Druckort nicht angegeben zu haben (§ 9 Pr. G.). Es wird eine Hauptverhandlung vor einem Geschworenengerichte stattfinden; — nun die Fragestellung: Zwei Hauptfragen bieten keine Schwierigkeit, wie ist aber die Eventualfrage nach Art. 3 einzuschalten? Gesetzt den Fall, man stellt sie, wie gewöhnlich, nach der ersten Hauptfrage, dann erhält man im Falle der Verneinung dieser letzteren zwei Schuldsprüche: nach Art. 3 und § 9 G. P. Um dieses Resultat aufrechterhalten zu können, müßte man wiederum zur Theorie des kulposen Begehens und der Idealkonkurrenz greifen. Und es ist doch keine andere Form möglich. Die einzige, welche der Konstruktion objektiver Bedingungen einer erhöhten Strafbarkeit entspricht, steht in einem krassen Widerspruch mit der Strafprozeßordnung, es wäre nämlich eine Kombination einer Zusatzfrage zu der zweiten Hauptfrage: „auf den Fall der Bejahung derselben und gleichzeitigen Verneinung der ersten", solche Zusatzfragen gibt es aber nicht, eine Zusatzfrage darf nur auf eine Hauptfrage Bezug haben und mit derselben ihr Dasein teilen.

c) Ein neues Rätsel hat die Novelle vom Jahre 1894 mit sich gebracht.

Bekanntlich ist in den Strafurteilen, durch welche gegen jemand eine Geldstrafe verhängt wird, zugleich jene Arreststrafe auszusprechen, welche im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle zu treten hat (§ 266 Str. P. O., § 1 Ministerialverordnung vom 11. Februar 1855, R. G. Bl. Nr. 30).

Wenn auf Geldstrafe aus Anlaß der Herausgabe einer Zeitschrift erkannt und die Zahlung des entsprechenden Betrages binnen acht Tagen nach Rechtskraft des Strafurteiles nicht ausgewiesen wird, soll — nach § 1 der Novelle — die Herausgabe der Zeitschrift eingestellt werden, bis die Zahlung ausgewiesen wird.

Nehmen wir einen konkreten Fall: Der Redakteur wird aus Anlaß eines Artikels zu 20 *K* Geldstrafe verurteilt, im Strafurteile ist die eventuelle Arreststrafe auf zwei Tage festgesetzt — acht Tage nach der Rechtskraft verstreichen, die Herausgabe der Zeitschrift wird eingestellt, der Redakteur zur Abbüßung der Arreststrafe herangezogen. Nach weiteren acht Tagen wird die Geldstrafe erlegt, ihre Zahlung ausgewiesen, die Einstellung der Herausgabe

wird aufgehoben, der Redakteur hat aber seine Arreststrafe auch abgebüßt. — Geschieht dies nicht gegen das prinzipielle Verbot: ne bis in idem.

Nehmen wir an, im Gegensatz zum Kassationshof (Entsch. Nr. 2566), daß wir im Falle des § 1 der Novelle nicht mit einem Exekutionsmittel der Einstellung, sondern mit einer Kollektivverantwortlichkeit zu tun haben, mit einer Bestrafung des Unternehmens, welche an die Stelle der Bestrafung eines Mitgliedes desselben tritt, und folgerichtig schließen wir, daß die Arreststrafe des Redakteurs nicht stattfinden darf, da der strafenden Gerechtigkeit schon Genüge geleistet worden ist.

Wenn wir auch diese Lösung des Problems als eine bessere erachten, können wir uns nicht verhehlen, daß sie einen Ausnahmefall der allgemeinen prinzipiellen Regel gegenüber statuiert, und daß infolgedessen gewissen grundsätzlichen Bedenken ihre Daseinsberechtigung nicht abzusprechen ist. Eine solche Ausnahme sollte im Gesetze ausdrücklich hervorgehoben werden.

Man ist wiederum vor eine Wahl gestellt — hier das Prinzip ne bis in idem, dort der Grundsatz der subsidiären Arreststrafe — es möge ein moderner Odysseus erscheinen, um sich zwischen dieser Scylla und Charybdis durchzuwinden.

So sieht das Flickwerk aus, das wir gewohnt sind unser österreichisches Preßrecht zu nennen, ein Sammelsurium veralteter Begriffe und Vorschriften, die nicht einmal den Wert haben, kriminalpolitisch wirksam zu sein, eine ewig neue Quelle unerquicklicher Widersprüche, ein Ideal für diejenigen, welche durch den Inhalt von Druckschriften beinahe straflos delinquieren wollen.

Wir glauben also unserer Pflicht gerecht zu werden, wenn wir die Dringlichkeit der Reform des Preßrechtes in Erinnerung bringen.

Wir können bei diesem Anlasse nicht umhin, eine Frage zu stellen: Verwirft die Regierungsvorlage vom Jahre 1902 diese fehlerhaften Konstruktionen, welche wir an dem heutigen Preßrecht auszusetzen haben, entspricht sie besser den Bedürfnissen des alltäglichen Lebens und den Postulaten der modernen Wissenschaft?

Ich habe schon im Jahre 1903 mir erlaubt, in der Allg. öst. G. Z. (Nr. 5 bis 6) einige Bedenken der Regierungsvorlage gegenüber geltend zu machen, auf welche ich hiermit verweisen möchte.

Es genügt insbesondere jetzt noch festzustellen, daß die Grundsätze der Kollektivverantwortlichkeit (2) und des Objektivismus in der Zurechnung (3) in dem Entwurf fast unverändert fortbestehen, wie im geltenden Rechte. Es reicht aus, darauf hinzuweisen, daß für alle vom Gerichte gegen den Druckereileiter verhängten Geldstrafen der Inhaber haftet, sei es eine Gesellschaft, Genossenschaft, Verein oder eine physische Person (§ 4). Dasselbe gilt dem Verleger (§ 4, III) oder dem Herausgeber einer periodischen Druckschrift (§ 30, III) gegenüber.

Den bekannten objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit begegnen wir im § 31; je nachdem der Inhalt einer Druckschrift den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens begründet, ist die Vernachlässigung der Sorgfalt schärfer oder gelinder zu bestrafen.

Die Anhänger der Konstruktion eines kulposen Begehens mehrerer Verbrechen, die bisher als solche bekannt waren, die den dolus erheischen, mögen sich freuen; der Entwurf spricht ja von der Ermöglichung der Herstellung usw. einer Druckschrift strafbaren Inhalts durch Vernachlässigung der dem betreffenden Funktionär obliegenden Sorgfalt.

Es ist vorauszusehen, daß die Praxis in dem Falle, wenn der Drucker den Druckort anzugeben vergessen hat (§ 8), die Ermöglichung der Herstellung oder Veröffentlichung durch Vernachlässigung annehmen würde, obgleich das Buch schon längst vorher hergestellt und zur Verbreitung bestimmt war; dieses „durch" hilft glücklich über die Klippen des Kausalzusammenhanges. Wir werden auch die ideale Konkurrenz der §§ 8 und 31 usw. angewendet sehen.

Mit der stilistisch und inhaltlich bewunderungswürdigen Begründung hält meines Erachtens die technische Ausführung des Entwurfes nicht gleichen Schritt. Daher wird meiner Überzeugung nach der Entwurf in wesentlichen Punkten noch einer Umarbeitung bedürfen.

